Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

aber auch leicht nachtheilig werden, weil er den Richtern eine gewisse Ansicht von der Sache aufdringt, während sie aus dem Munde der Parteien oder ihrer Vertreter die Darstellung der Sache erfahren und ohne Voreingenommenheit den Vortrag hören sollen, der oft ganz anders, wo der Anwalt die Sache im Zusammenhange mit dem rechtlichen Gesichtspunkt entwickelt, ausfallen wird, als nach der mageren Skizze der Vorverhandlung möglich war.

(Fortsetzung folgt.)

XVII.

Von der Verpflichtung der Unmündigen.

Von

Herrn Dr. **Goldschmidt**,

Privatdozenten zu Heidelberg.

I. Gegenstand und Ausgangspunkt der Untersuchung.

§. 1.

Die berühmte und wichtige Streitfrage, ob und inwieweit der Unmündige sich ohne Vollwort seines Vormunds wenigstens naturaliter verpflichte, hat von jeher[1]) den Scharfsinn der ausgezeichnetesten Rechtslehrer herausgefordert. Mag auch zeitweise eine oder die andere Theorie fast unbestrittene Herrschaft behauptet haben, so scheinen wir doch gegenwärtig mehr als je von endlicher Einigung entfernt. Auch die neueste fleißige monographische Bearbeitung[2]) hat die Frage in keinem wesentlichen Punkte gefördert, aber die Mängel der üblichen Behandlungsweise in desto grelleres Licht gestellt. Der absolut verneinenden Gruppe (Cujaz und Puchta) steht eine andere, ebenso absolut bejahende (Savigny)

1) Recht bezeichnend sagt schon Osius Aurelius (Otto Thesaurus III p. 739): Est haec quaestio de trivio scholae, de vetere cărmine carmen. — Sed cum tam multa vulgo ad hanc quastionem et scribantur et disputentur, nec satis vera: non possumus et nos ut verum inveniamus, etiam non multa dicere et tractare.

2) Schulze de naturali pupillorum obligatione. Gryphiae 1853.

gegenüber, während die Mehrzahl von der Glossatorenzeit her sich in mannigfachen Vermittlungsversuchen erschöpft hat. Man streitet ebensowohl über den Inhalt der Quellen, deren anscheinender Widerstreit noch immer der Lösung entgegensieht, wie über die tieferen Grundlagen, durch welche eine jede Partei die innere Nothwendigkeit und Vernünftigkeit ihrer Theorie zu stützen sucht.

Eine unbefangene Prüfung der Literatur führt nun freilich zu dem wenig tröstlichen Resultat, daß, mit seltenen Ausnahmen, man entweder rein äußerlich die Quellenaussprüche an einander reihte, oder mit vorgefaßten Gesichtspunkten das widerstrebende Gesetz unschädlich zu machen bestrebt war. Sehr spärlich und über bloße Andeutungen nicht hinausgekommen sind die Versuche, von einer eingehenderen Betrachtung der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse aus, die Frage ihrer Lösung näher zu bringen (Burchardi Lehrbuch II 1. S. 668 ff. Brinz Kritische Blätter Nr. 3 und in Schletter's Jahrbüchern I S. 19. 20).

Indem ich mir vorbehalte, auf diesem, meines Erachtens einzig fruchtbaren Wege, das gesammte Quellenmaterial einer genaueren Prüfung zu unterwerfen, soll in den nachstehenden Blättern zunächst der Versuch gemacht werden, einige Präliminarpunkte in sicherer Weise festzustellen.

§. 2.

Aeltere, wie neuere Juristen, insbesondere die Vertreter der absolut bejahenden Theorie, sind geneigt, in dem strengen Festhalten des Römischen Rechts an dem Pubertätstermin für die Wirksamkeit verpflichtender Rechtsgeschäfte eine rein positive, mit den Prinzipien des jus gentium unvereinbare Satzung, und in dem anscheinenden Widerstreit der Römischen Juristen über die Annahme einer Naturalobligation den Kampf einer älteren strengeren und einer jüngeren, freieren Ansicht zu erblicken, welche mit dem Siege der letzteren geendet hätte[3]).

3) v. Savigny Obligationenrecht I S. 61—76. Erxleben I. Die condictio indebiti S. 6. 7. 126. Schulze a. a. O. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VIII S. 462. 466—469. Vgl. auch Rudorff das Recht der Vormundschaft II S. 279. 280. Anders in seinen Anmerkungen zu Puchta's

Am ausführlichsten wird diese Ansicht von Savigny begründet:

S. 61. „Nach dem jus gentium kann es blos auf den persönlichen Entwickelungszustand des Einzelnen ankommen. Hat also dieser Einsicht in die Natur des Rechtsverhältnisses und seiner eigenen Handlung, so wird er Schuldner, und eine bestimmte Altersgrenze, die stets eine ganz positive Natur hat, kann dabei keinen Unterschied machen."

S. 65. „Es ist schon oben erwähnt worden, daß die willkührlich angenommene Grenze der Pubertät für die anfangende Handlungsfähigkeit auf einer ganz positiven Anstalt beruht, und dem jus gentium fremd ist. Daher führt die Consequenz dahin, die Entstehung einer naturalis obligatio mit ihren besonderen Folgen zu bejahen."

S. 74. „Im Sinne der Justinianischen Gesetzgebung müssen wir die bejahende Meinung vorziehen; nicht nur wegen der überwiegenden Zahl von Zeugnissen, sondern weil auf dieser Seite die anerkannt größten unter den römischen Juristen stehen, und weil zugleich die innere Consequenz für dieselbe spricht."

S. 75. „Für diese (die verneinende) Meinung (mancher Römischen Juristen) ließe sich vom praktischen Standpunkt aus Vieles sagen —. Durch die positive Anordnung einer Vormundschaft sollen die Unmündigen gründlich geschützt werden gegen ihren Mangel an Erfahrung und an Einsicht des Charakters, durch welchen sie in großen Nachtheil kommen können, auch wenn sie entwickelt genug sind, um das vorliegende Geschäft völlig zu verstehen, welches nach natürlicher Betrachtung („also nach dem jus gentium") zu ihrer Handlungsfähigkeit hinreicht."

Auch Schulze, der sich in der Grundlage seiner Theorie völlig an Savigny anlehnt, hält die Naturalobligation für selbstverständlich, wo wegen eines rein formellen Mangels (der erfor-

---

Vorlesungen 4. Aufl. II S. 46 Note 5. Göschen Vorlesungen III §. 428. Lelièvre responsio ad quaestionem juridicam quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum. Lovanii 1837. p. 54—60. Die Aelteren siehe unten Not. 9—17.

derlichen Einsicht!) die Klage verneint werde, und darum nach jus gentium wenigstens die schwächere Wirkung eintreten müsse (p. 13. 15. 16). Nur aus dem jus gentium lasse sich die Naturalobligation des Unmündigen erklären. Dieses ermesse die verbindliche Kraft des Geschäfts nach der Natur und dem Geistes-zustand der Contrahenten; wer nicht einsehe, um was es sich handelt oder (?) was gesprochen wird, werde nicht obligirt; wer aber Urtheil und Verstand habe, der werde verpflichtet. Das jus civile aber habe bestimmte Altersgrenzen festgesetzt, und die Klage (nur diese?) gegen den Unmündigen verneint; doch aequitatis causa (?) sei das jus civili durch das jus gentium gemildert, und wenigstens eine naturalis obligatio anerkannt worden (p. 41 42). Das unmündige Hauskind nimmt er aus (p. 5) — man weiß nicht warum[4]).

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die Naturalobligation überhaupt und die des Pupillen insbesondere dem jus gentium ihren Ursprung verdankt; ob ferner irgend ein den Römern bekanntes Volk die Verpflichtung der Unmündigen, ohne gesetzliche Feststellung eines Altertermins, an die individuelle Geistesentwickelung geknüpft habe[5]) — von den Griechen und Germanen wenigstens ist das Gegentheil bekannt — jedenfalls würde die „Consequenz" der Savigny'schen Theorie zu einem ganz anderen Satze führen: die Naturalobligation zwar bei denjenigen Pupillen zu bejahen, bei welchen etwa das nöthige Maß der Geistesreife anzunehmen wäre (und das könnten doch höchstens die pubertati proximi sein[6]), in Ansehung aller übrigen aber zu verneinen;

---

4) Die Neueren führen den Satz, daß das unmündige Hauskind nicht einmal patre autore sich verpflichten könne, lediglich auf dessen Vermögensunfähigkeit zurück. Der Grund genügt für die ältere Zeit; daß man an dem Prinzip auch später festhielt, erklärt sich ganz befriedigend aus der fortdauernden Unzulässigkeit von Klagen zwischen Vater und Hauskind: der unmündige filiusfamilias läuft Gefahr durch ein unbesonnenes oder absichtlich nachtheiliges Vollwort seines Vaters verpflichtet zu werden, ohne sich an denselben regressiren zu können. So schon der Scholiast zu Theophil. ad §. 10 J. de inut. stip. (Reitz II p. 652).

5) Sieh auch Brinz in Schletter's Jahrb. I S. 19.

6) Wenn Errleben S. 125 meint „der naturalis ratio gemäß müßte

allein Savigny verwirft diese Lösung ausdrücklich „als ganz willkührlich" und „ohne Grundlage in den Stellen selbst" (S. 73)[7]. Also hätte das freie jus gentium denn doch ebenso willkührlich wie das positive Civilrecht durchgegriffen, und, indem es jeden Pupillen, ohne Unterschied der Geistesreife, den bedenklichen Wirkungen einer Naturalobligation unterwarf, nebenbei einen noch größeren Fehler als das Civilrecht begangen, welches wenigstens vom praktischen Standpunkt empfehlenswerth erscheint! Die praktischen Bedenken sucht Savigny freilich mit der Möglichkeit der Restitution zu entfernen (S. 76) — indessen, abgesehen von der seltsamen Fügung, daß gegen das jus gentium bei der natürlichen Billigkeit des prätorischen Edicts Hülfe gesucht werden muß, die l. 16 pr. de minor. (4, 4) versagt ja ganz ausdrücklich in solchem Falle die Restitution als unnöthig.

Erxleben, wie sehr er mit Savigny die Grundanschauung theilt, mißbilligt doch nicht ganz die angeblich strengere Richtung, welche gerade in der civilrechtlichen Satzung den Ausdruck einer naturalis ratio erblickt hätte; ja er erklärt an einer anderen Stelle und mehr beiläufig (S. 6 Not. 17) es für „selbstverständlich", daß der Pupill nur naturaliter obligirt werde, „soweit ihm überhaupt ein genügendes Bewußtsein über die Bedeutung der eingegangenen Verbindlichkeit zugeschrieben werden kann," denn der infantiae proximus habe ja nullum intellectum, werde dem Wahnsinnigen verglichen, sei nur propter utilitatem benigna interpretatione den pubertati proximi gleichgestellt, und diese Gleichstellung dürfe nicht zu ihren Ungunsten ausschlagen[8].

---

auch ein Kind sich vollgültig verpflichten können, sobald es in seiner Verstandesentwickelung soweit vorgeschritten sei, um die rechtliche Bedeutung seines Thuns und der daraus entspringenden Folgen zu begreifen", so liegt in diesem Gedanken die innere Unwahrheit klar zu Tage: ein Kind kann eben nicht so weit vorschreiten, selbst ein Wunderkind nicht.

7) Ebenso Schulze p. 23. 24.

8) Diese Anschauung ist verbreiteter, als man denken sollte. So sagt Christiansen: Zur Lehre von der naturalis obligatio und der condictio indebiti. Kiel 1844. S. 120: „Desungeachtet muß man z. B. beim Pupillen, wenn er nur die natürliche Willensfähigkeit sich zu obligiren hat, eine natur. obl. anerkennen". Auch Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim Heft 3 S. 269 ff. vermuthet, daß l. 59 de O. et A. u. l. 41

§. 3.

Mit dieser „selbstverständlichen" Modification der Savigny'schen Ansicht wären wir glücklich auf den Standpunkt des Accursius zurückgekommen, nur freilich mit der Zugabe (mindestens bei Savigny und Erxleben) eines unauflöslichen Widerstreites zwischen den Römischen Juristen selbst. Denn wenigstens die Glosse suchte gerade durch die Unterscheidung zwischen pubertati und infantiae proximi den scheinbaren Widerspruch zu lösen[9]), wogegen Andere, wie namentlich Donellus[10]), mit Anerken-

---

de cond. ind. sich ursprünglich nur auf den infans und infanti proximus bezogen hätten. Mehr als seltsam ist die Wendung bei Unterholzner Schuldverhältnisse I S. 157: „die Einsicht der Unmündigen gilt gerade bei Verbindlichmachungen nicht für voll, und die Einsicht ist auch nach gemeiner Rechtsansicht (d. h. nach jus gentium vgl. I S. 13) zur Gültigkeit der Verträge wesentlich. Da aber doch auch wieder nicht gesagt werden kann, daß die Einsicht dem Unmündigen fehle; so wird eine Verpflichtung in natürlichem Sinne angenommen, insoweit dies den Unmündigen nicht auf eine unbillige Weise belastet." Das ist eine wenigstens der Römischen Juristen unwürdige Spitzfindigkeit.

9) Gl. zu l. 21 §. 1 ad leg. Falcid. (35, 2). Vivian u. Gl. zu l. 25 §. 1 quando dies (36, 2). Gl. zu l. 19 §. 4 de donat. (39, 5) s. v. „non erit donatio". Franciscus Accursius u. Gl. zu l. 59 D. d. O et A (44, 7) Gl. zu l. 25 D. de fidej. (46, 1) s. v. „obligato". Gl. „hoc constat" u. „sed tu dic" zu l. 1 §. 1 D de nov. (46, 1). Gl. zu l. 44 de solut. (46, 3) s. v. „indebitum suum", u. zu l. 189 (149) D. de R. J. (50, 17). Spätere Anhänger dieser Ansicht: Bartolus ad l. 1 D. de nov. (opp. VI Venet. 1602) und die bei Vultejus discept. juris scholastic. liber unus (Marburg 1589) fol. 182, 183 Angeführten. Aus neuerer Zeit Merillius Obs. lib. VII cap. 4. 5 (Opp. Neapoli 1720 I p. 245) u. Variant. ex Cujacio I 20 (II p. 207 ff.). Averanius interpr. juris lib. II cap. 7. d'Arnaud Var. conj. lib. II cap. 22 (Leov. 1744 p. 355 ff.), doch erkennt er die Haftung der Bürgen auch für den infantiae proximus an.

10) Commentarii de jure civili lib. XII cap. 2 n. 12. cap. 22 n. 13. Comm. ad Tit. D de V. O. ad l. 127 (Opp. Florenz 1847. XI p. 1635—1654). Comm. ad Cod. lib. IV tit. 5 de cond. ind. ad l. 1. n. 18—21 (Opp. VII p. 657). Die gewöhnliche Darstellung der Donell'schen Ansicht (z. B. bei Büchel und Schulze), daß er ursprünglich Anhänger der Accursischen Theorie gewesen sei, und später (zu l. 127 D de V. O.) eine andere aufgestellt habe, ist völlig irrig. Der Commentar zum

nung dieser auch im positiven Recht begründeten Grenze für die Möglichkeit irgend welcher Naturalobligation, die Gesetze auf andere Weise in Einklang zu bringen bemüht waren[11]).

Das Dogma aber, welches Savigny und dessen Anhänger dem jus gentium zuschreiben, ist ganz dasselbe, welches vor ihm „dem Recht der Vernunft", dem vielgeschmähten „Naturrecht" beigemessen zu werden pflegte. So erklärt schon Christian Wolff[12]), daß der Pupill zwar ohne Vollwort seines Vormunds auch nicht naturaliter verpflichtet werde, daß jedoch als Pupill naturrechtlich nur derjenige erscheine, welcher keine Einsicht habe; sofern er einsichtig aber noch nicht mündig im Sinne des positiven Rechts sei, hafte er naturaliter. Den gleichen Ideengang finden wir bei Schilter[13]), Schulting[14]), Höpfner[15]), Weber[16])

Titel de V. O. ist älter; auf die dortige ausführliche Darstellung verweist Donellus in der kaum eingehenden Stelle seiner Commentarii. An beiden Orten pflichtet er dem Accursius darin bei, daß nur der pubertati proximus sich naturaliter obligiren könne; allein diesen selbstverständlichen Satz hält er zur Lösung der Quellenwidersprüche für ungeeignet, und stellt darum die Unterscheidung der Wirksamkeit der Naturalobligation für die Person des Pupillen von deren Wirksamkeit für dritte Personen, namentlich accessorisch Verpflichtete, auf.

11) Corasius Miscell. juris civilis (Coloniae 1598) lib. 6 cap. 22. Bachov ab Echt Notae et animadv. ad disp. Treutleri disp. VI th. 5 lit. B (Opp. Heidelberg 1617. t. I p. 232—234).

Vinnius tract. de pactis cap. 14 n. 11. 12. Comm. ad Inst. III 14, prooem. n. 8. III 20 §. 9. Schulting de natur. obl. cap. X (Comment. acad. Halle 1770. diss. I). Westenberg de causis obligationum diss. I cap. 4 §. 14—17 (Opp. Hannover 1746 t. I. pars 2 p. 68). Houck de ration. veter. jurisc. falso suspectis cap. 3 §. 4 (Oelrichs Thes. I. p. 360 ff.). Lelièvre a. a. O.

12) Christian de Wolff Jus naturae methodo scientifico pertractatum 8. Bde. Halle 1740 ff. Bd. VIII cap. 4 §. 895. 897. Bd. III cap. 4 §. 458.

13) Praxis juris Romani Exerc. 37 §. 115.

14) De nat. obl. l. c.

15) Commentar über die Heinecci'schen Institutionen. 7. Aufl. §. 727, 734.

16) Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 71 (3. Ausgabe S. 262 ff.).

und Glück, unter denen des Letzteren Deduction aus „dem Recht der Vernunft" fast wörtlich mit Savigny's Herleitung aus dem jus gentium zusammentrifft[17]).

Viel besonnener freilich geht Grotius[18]) zu Werke, welchen man in der Regel als Gewährsmann dieser Ansicht zu nennen pflegt. Das Requisit der Verstandesreife für die Wirksamkeit verpflichtender Rechtsgeschäfte führt ihn zu der Frage, mit welchem Zeitpunkt bei Personen, welche über die Kindheit hinaus seien, sich diese Reife einstelle.

Quando autem puer ratione uti incipiat, non potest certo definiri, sed ex quotidianis actibus, aut etiam ex eo, quod communiter in quaque regione accidit, desumendum est.

Hiermit ist der abstract philosophirenden Anschauung gegenüber der richtige Standpunkt angedeutet: die Abhängigkeit der geistigen Entwickelung von den eigenthümlichen Verhältnissen eines jeden Landes[19]).

---

17) Bd. IV S. 66: „Beurtheilt man die Sache blos nach dem Recht der Vernunft, so kommt alles auf die individuellen Verstandeskräfte des paciscirenden Unmündigen an. Hat selbiger nun die erforderliche Einsicht von dem, was er unternimmt, so ist kein hinreichender Grund vorhanden, dem Vertrage eines Pupillen seine Gültigkeit nach natürlichen Rechten abzusprechen."

18) De jure belli ac pacis II 11 §. 5. Ihm folgt Samuel v. Cocceji Jus civile controv. lib. II tit. 14 q. 30.

19) Vortrefflich spricht sich darüber, in Beziehung auf die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, Köstlin aus: System des deutschen Strafrechts. Tübingen 1855. S. 135: „Die Frage, ob es nothwendig oder wenigstens zweckmäßig sei, einen absoluten Anfangspunkt für die criminelle Zurechnungsfähigkeit in dem Sinne festzusetzen, daß wenigstens vor dem Eintritt dieses Zeitpunktes niemals ein bürgerlich zu strafendes Vergehen anzunehmen wäre, ist zu bejahen. So gewiß es nämlich ist, daß auch unter den gleichen klimatischen Verhältnissen, Sitten und Einrichtungen die geistige Entwickelung der Jugend keineswegs auf gleichförmige Weise vor sich geht, so liegt es doch auch andrerseits in der Natur der Sache, daß der Anfangspunkt der kriminellen Zurechnungsfähigkeit selbst bei frühreifen Kindern erst in einer Zeit eintritt, die unter Berücksichtigung der somatischen Entwickelungsgesetze, der natürlichen Verhältnisse eines Landes, seiner Sitten und Institutionen, des

§. 4.

Blendet nämlich das bald dem Naturrecht bald dem jus gentium zugeschriebene Axiom durch eine gewisse Natürlichkeit, so gilt es nun, ihm auch diesen Schein innerer Wahrheit abzustreifen.

Man hält es für zufällig, für rein positiv, daß die Römer nicht wie im Strafrecht, so auch im Civilrecht die individuelle Geistesentwickelung für maßgebend erklärt, daß sie den pubertati proximus zwar für delictsfähig, nicht aber für fähig, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten erachtet haben[20]). Man erklärt diese Abweichung allenfalls aus Utilitätsgründen. Allein so gewiß es auch ist, daß eine durchgreifende Feststellung hier um so eher nothwendig war, weil die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte nicht von der schwierigen Prüfung der individuellen Geistesentwickelung abhängig gemacht werden konnte, so sicher ist es andererseits, daß zwischen der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit und dem Maaße von Einsicht, welches zur Eingehung von Verpflichtungen erforderlich ist, ein durchgreifender Unterschied obwaltet. Dürftige sittliche und Ordnungsbegriffe genügen, den Unterschied zwischen Mein und Dein, die Unzulässigkeit der Beschädigung von Menschen und Sachen einzuprägen, und selbst die volle Möglichkeit freier Selbstbestimmung, welche erst durch das Bewußtsein eines „objectiv sittlichen Pflichtenkreises" gegeben ist[21]), wird frühzeitig durch Haus und Schule entwickelt; in der Abstufung der Zurechnungsfähigkeit nach der Beschaffenheit der einzelnen Delicte

---

Verhältnisses zwischen häuslichem und öffentlichem Leben gemessen werden kann."

20) So Savigny a. a. O. S. 61: „Diese Regel (daß es blos auf den persönlichen Entwickelungszustand der Einzelnen ankomme) ist unzweifelhaft anerkannt und festgehalten worden im Criminalrecht, so wie bei den Obligationen aus Delicten." Fast wörtlich gleich Errleben a. a. O. S. 125. Schulze p. 41 n. 9. Lelièvre p. 54. 57.

21) Berner Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre. Berlin 1843. S. 98 ff. Köstlin Neue Revision S. 169 ff. 668 ff. System S. 64 ff. 133 ff. Heffter Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 5. Aufl. §. 48.

(cf. unten §. 15) liegt eine sichere Garantie gegen rohe Uebertreibung des im allgemeinen richtigen Prinzips.

Dagegen ist ein reifer, im Leben schon erfahrner Verstand erforderlich, um auch nur das unbedeutendste Rechtsgeschäft mit Sicherheit in allen seinen Bestandtheilen übersehen zu können. Die tägliche Erfahrung, wie das Zeugniß aller neueren Gesetzgebungen bestätigen, daß die strafrechtliche Imputabilität der privatrechtlichen Einsicht vorangeht[22]) — und das Römische Recht hat nicht allein in seinen Satzungen dieser Verschiedenheit volle Rechnung getragen, sondern jeden Versuch einer Paralellisirung auch mit Entschiedenheit zurückgewiesen.

Severus et Antoninus (l. 1 C. si adv. del. suum 2, 35) In criminibus quidem aetatis suffragio minores non juvantur; etenim malorum mores infirmitas animi non excusat. Vgl. auch Ulpian l. 9 §. 2 de minor. (4, 4), l. 1 §. 15 depositi (16, 3) und namentlich l. 3 §. 2 de trib. act. (14, 4), auf welche ich später zurückkomme (§. 6 Not. 12).

Ist die Römische Jurisprudenz, wie später gezeigt werden soll, nur zögernd und allmälig zu der Annahme crimineller Imputabilität für solche Unmündige gelangt, welche der Mündigkeit ganz nahe[23]) standen, so mußte sie nothwendig einem jeden Pupillen die zur privatrechtlichen Obligirung erforderliche Verständigkeit absprechen. Und das hat sie denn auch erweislich gethan. Als äußerste Altersgrenze dieser Einsicht nahm sie erfahrungsmäßig die Zeit der geschlechtlichen Reife an — jenseits dieser gab es keine zu Verpflichtungshandlungen genügende Verstandesreife. Freilich kommt die Weisheit nicht über Nacht. Allein es muß beachtet werden, daß ursprünglich die Dauer der

22) So lassen die neueren Deutschen Strafgesetzbücher schon mit vollendetem 8ten, 10ten, 12ten, 14ten Jahre kriminelle Behandlung eintreten (Köstlin System S. 68. 69. 138), während der Mündigkeitstermin das 14te Jahr und der früheste Volljährigkeitstermin das 18te Jahr ist.

23) Ueber den richtigen Begriff des pubertati proximus vgl. Jacob Gothofred Comm. ad l. 111 D. de R. J. (Genevae 1653. p. 480 ff.). Dirksen Rhein. Museum für Jurispr. I S. 316 ff. Schrader ad §. 10. J. de inutil. stipul. (3, 19). Savigny System III S. 37—39. Köstlin System S. 136.

Unmündigkeit keinenfalls auf einen festen Zeitraum beschränkt war[24]), und die feierliche Anlegung der toga virilis einem körperlich und geistig unreifen Jüngling schwerlich gestattet wurde, das vollendete 14te Lebensjahr aber, auf welches erst durch Justinian, der Pubertätstermin endgültig fixirt wurde, zugleich der früheste Zeitpunkt ist, mit welchem, unseres Wissens, die Unmündigkeit jemals aufgehört hat[25]). Daß gerade dieser früheste Zeitpunkt gewählt, und schon zur Zeit der klassischen Juristen vorwiegend angenommen wurde, mag wohl mit darin seinen Grund haben, daß inzwischen für den Schutz der Mündigen, aber noch nicht Urtheilsreifen, auf durchgreifende Weise gesorgt war (Lex Plaetoria, Gewährung der in integrum restitutio, Ausbildung der Curatel, oratio Severi und deren Erweiterung durch die Praxis[26]). Ob für Ehe und Testament jederzeit der Beginn des 15ten Jahres als Ausgangspunkt gewählt worden ist, scheint keineswegs erwiesen[27]); stände das aber auch fest, so dürfte dafür nicht nur deren verhältnißmäßige Seltenheit unmittelbar nach erlangter Mündigkeit maßgebend gewesen sein, sondern vorzugsweise der Umstand, daß beide Akte wohl niemals ohne bewährten Rath von Verwandten und Freunden, wozu feierliche Sitte und Rechtsvorschrift auch die äußere Handhabe gewährte[28]), vorgenommen sein mögen,

---

24) So endete bei den Griechen die Vormundschaft, und die durch dieselbe bedingte völlige Handlungsunfähigkeit erst einige Jahre nach dem Eintritt der Mannbarkeit. K. F. Hermann Lehrbuch der Griechischen Antiquitäten III S. 179. 271 ff. Meier und Schömann der Attische Prozeß S. 452. 455. Bei den Germanen variirte der Mündigkeitstermin (das ze sinen jaren komen), welcher ursprünglich auf den Zeitpunkt der vollendeten Geschlechtsreife gefallen zu sein scheint, zwischen 10 und 15 Jahren. Grimm deutsche Rechtsalterthümer S. 411 ff. Kraut die Vormundschaft I S. 110—165. Walter Deutsche Rechtsgeschichte §. 482.

25) Savigny System III S. 55—73. Roßbach Untersuchungen über die Römische Ehe. Stuttgart 1853. S. 403—417.

26) Savigny von dem Schutz der Minderjährigen (Vermischte Schriften II S. 321—395).

27) Roßbach a. a. O. u. Böcking Pandekten des Röm. Privatrechts 2. Aufl. I S. 153 Not. 14.

28) Man denke nur an das Mancipationstestament, an die Gebräuche der Eheschließung.

und daß die frühzeitige Eingehung der Ehe als Familien- und Staatssache galt[29]).

Wenn man hingegen die Erwerbsfähigkeit schon früh an einen auch nur geringen Grad von Einsicht knüpfte (cf. unten §. 5 Not. 1. §. 7), so erklärt sich das aus deren völliger Unschädlichkeit, und daß später gar die Zurücklegung des 7ten Jahres genügte, erweist deutlich genug, daß die Begünstigung der Unmündigen hiefür den einzig leitenden Gesichtspunkt bildete.

Ich habe in der vorausgehenden Erörterung zwei Thatsachen behauptet, welche der Beweisführung noch bedürftig scheinen könnten:

1) Daß die Römische Rechtswissenschaft jeder Zeit die zur Eingehung von Verpflichtungsgeschäften erforderliche Einsicht den Unmündigen jeden Alters, auch dem pubertati proximus, schlechthin abgesprochen hat.

2) Daß das leitende Prinzip der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Unmündiger nicht von vorneherein im Römischen Recht begründet lag, sondern sich nur allmälig, ja erst in der Blüthe-periode der Wissenschaft, entwickelt hat; und, mag hier hinzugefügt werden, nicht etwa dem Axiom unbedingter Nichthaftung, sondern dem gerade umgekehrten Grundsatz gegenüber.

Gelingt diese Beweisführung, so dürfte damit auch auf historischem Wege die völlige Unrichtigkeit der hier bekämpften Ansicht dargethan sein. —

II. Die Geschäftseinsicht der Unmündigen*).

§. 5.

Den Kindern und der Kindheit nahen Unmündigen erkennt die Römische Rechtswissenschaft weder ein sicheres Verständniß des

---

29) Roßbach S. 418. Lange Röm. Alterthümer. Berlin 1856. I S. 89.

*) v. Savigny System III §. 106—108. Puchta Cursus der Institutionen II §. 202. Böcking Pandekten des Röm. Privatrechts 2. Aufl. I §. 38.

äußeren Hergangs, der Worte und Handlungen, zu[1]), noch auch Verstand um das Geschäft nach seinen Zwecken, Gründen und möglichen Resultaten übersehen zu können[2]). Hingegen den pubertati proximi kommt, neben hinreichendem formellen Verständniß, um „das Denken und Wollen des auctorirenden Tutors in sich aufzunehmen", auch ein gewisser, wenn gleich so beschränkter, Grad von Urtheilskraft und materieller Geschäftseinsicht zu[3]), daß die Mitwirkung des Vormunds zu allen verpflichtenden und Veräußerungsgeschäften dringend geboten, und jede Verfügung auf den Todesfall schlechthin ausgeschlossen erscheint.

Boëthius lib. IV ad Cicer. Top. XI 46 (ed. Baiter p. 342 v. 30—34) Differt enim persona mulierum a persona pupillorum vel in eo, quod pupillus nullum suae rei administrandae utilitatis judicium habere potest. —

Paulus libro 17 ad Ed. (l. 12 §. 2 de judic. 5, 1). Non autem omnes judices dari possunt — quidam enim lege impediuntur, ne judices sint; quidam natura, quidam mori-

---

1) Denn erst durch benigna interpretatio aus Utilitätsgründen sind sie den pubertati proximi nicht allein in Beziehung auf selbstständigen Erwerb, sondern auch in Ansehung der Fähigkeit, sich tutore auctore zu obligiren, gleichgestellt worden. Gaïus III 107. 109. §. 9. 10. J. de inut. stip. (3, 19). Theophil. ad §. 9 J. cit. l. 9 de A. vel O. II. (29, 2.) l. 6 rem pup. (46, 6).

2) Nullum intellectum Gaïus III 109. §. 10 J. cit. Causam non intelligere; nondum intelligere quod agatur; actum rei non intelligere. l. 1 §. 13 de O. et A. (44, 7). l. 6 rem pup. (46, 6). l. 209 de V. S. (50, 16). l. 5 de R. J. (50, 17). Die Annahme Modestin's (l. 14 de spons. 23, 1), daß auch der Kindheit nahe Unmündige die Bedeutung des Verlöbnißaktes zu begreifen im Stande seien, nöthigt keineswegs, mit Savigny einen Unterschied zwischen intelligere überhaupt und dem actum rei intelligere anzunehmen, sondern beruht wohl auf dem Erfahrungssatze, daß schon im frühen Alter für das Verhältniß der Geschlechter zu einander ein gewisses Verständniß einzutreten pflegt. Die praktische Unschädlichkeit hat bereits Savigny hervorgehoben.

3) Savigny III S. 31, 32, 28 schreibt den pubertati proximi volle Geschäftseinsicht zu. Die Römischen Juristen sind aber eher geneigt, auch diesen jede Geschäftseinsicht abzusprechen. Nur wo sie ganz präcise sich ausdrücken, erkennen sie ihnen eine unvollkommene, der Ergänzung durch den Vormund bedürftige, zu. Vgl. die Belege im Text.

bus. Natura, ut surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, quia judicio carent. Moribus feminae, et servi, non quia non habent judicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.

§. 1 J. quib. non est perm. (2, 12) Praeterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est.

§. 10. J. de inut. stip. (3, 19) aus Gaïus III 109. Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui jam aliquem intellectum habent; nam infans, et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent; sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi[4]).

Gaïus libro I de Manum. (l. 25 de man. vind. 40, 2) — namque perabsurdum est, in eligendo tutore firmum videri judicium pupilli, cujus in omnibus rebus ut infirmum judicium tutore auctore regitur.

Celsus libro 13 Dig. (l. 189 de R. J. 50, 17). Nam quod animi judicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est.

Ulpian XX 12. Impubes — facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum judicium animi habet.

Paulus R. S. IV 12, 7 — quia neque furiosus neque pupillus exacti consilii capax est.

---

4) Noch weiter ausgeführt wird dieſer Geſichtspunkt bei Theophilus ad h. l. Nach Reitz's Ueberſetzung (II p. 651): Et infans quidem stipulari non potest, quia neque loqui potest, nec vero infantiae proximus — hic enim et si verba eloqui potest, attamen discernere nequit, quid tandem ea quae dicuntur, significent. Ast pubertati proximus, veluti ad pubertatem accedens, valide stipulatur, quoniam et ad pronuntiandum et intelligendum quae dicuntur, aptus est. Placuit autem non secundum juris rigorem, sed secundum humaniorem ratiocinationem, ut et infantiae proximus valide stipuletur, quemadmodum et qui ad pubertatem accedit. —

Justinian l. 18 C. de test. mil. (6, 21) — pupillis — qui stabilem mentem nondum adeptus est —.

§. 6.

Eine bloße Folge dieser gänzlich oder doch zum Theil mangelnden Verstandesreife ist die Unfähigkeit eines jeden Unmündigen, ohne Unterschied, zur voluntas und zur scientia, soweit diese privatrechtlich nachtheilige Folgen zu begründen im Stande sind.

Unter voluntas wird hier verstanden ein jeder positiver (velle) oder negativer (nolle) Entschluß [5]), welcher unmittelbar auf privatrechtliche Verpflichtungen oder Entäußerungen oder Ausschlagung eines dargebotenen Erwerbs gerichtet ist.

Celsus libro 13 Dig. (l. 189 de R. J.) Pupillus nec velle nec nolle in ea aetate, nisi apposita tutoris auctoritate, creditur [6]).

Scientia dagegen ist nicht bloßes Begreifen, oder gar nur sinnliches Wahrnehmen, sondern verständige, mit klarer Erkenntniß der Rechtsfolgen von Handlungen und Unterlassungen verbundene Einsicht. Nur wer sciens in diesem Sinne ist, mag es sich selbst zuschreiben, seine Handlungsweise nicht anders eingerichtet zu haben, und nur insoweit kann das scire mit dem pati, dem Geschehenlassen ungeachtet die Möglichkeit der Hinderung vorhanden ist, identifizirt werden [7]).

Papinian libro 6 Resp. (l. 10 D de j. et f. ign. 22, 6)

---

5) L. 1 §. 20, 22. l. 6 pr. §. 1. l. 4 §. 2—4 de exerc. act. (14, 1). l. 1 §. 3 de trib. act. (14, 4) l. 209 de V. S. (50, 16). Paulus R. S. V. 6, 11.

6) Wahrscheinlich auf Erbschafts-Antritt und Ausschlagung in ihrem ursprünglichen Zusammenhang bezüglich. Vgl. J. Gothofred ad h. l. Sieh auch Ulpian l. 13 §. 4 de ob. lib. (38, 1): Si impubes sit patronus, voluntate ejus non videtur liberta nupta, nisi tutoris auctoritas voluntati accesserit und Paulus R. S. IV. 12, 7: Servus furiosi domini vel pupilli jussu vinctus dediticiorum numero non efficitur.

7) L. 45 pr. ad leg. Aquil. (9, 2). l. 2—5 de nox. act. (9, 4). Ueber die Fälle vermutheter Zustimmung in Folge bloßen Stillschweigens vgl. Savigny III §. 132.

Impuberes sine tutore agentes nihil posse vel scire intelliguntur [8]).

Wenn auch ursprünglich auf den versäumten Erbschaftsantritt (Cretion und Erwerb der bonor. possessio) bezüglich, ist das Fragment in seinem jetzigen Zusammenhang von allen Rechtsgeschäften ohne Unterschied zu verstehen [9]).

Ulpin libro 13 ad Ed. (l. 27 §. 5 de rec. 4, 8). Coram autem dicere sententiam videtur, qui sapientibus dicit; ceterum coram furioso vel demente non videtur dici. Item coram pupillo non videri sententiam dictam, nisi tutor präsens fuit.

Vgl. auch l. 47 pr. — l. 49 pr. eod. Florentinus l. 209 de V. 5 (50, 16) und Ulpian l. 10 quib. ex caus. in poss. (42, 4).

Wie der scientia, so ist er auch der patientia unfähig:

Paulus libro 6 ad Ed. (l. 110 §. 2 de R. J. 50, 17). Pupillus pati posse non intelligitur [10]).

Ulpian libro 3 ad Sabin. (l. 3 de R. J. 50, 17). Ejus est non nolle, qui potest velle [11]).

---

8) Vgl. Cujaz in lib. VI Respons. Papinian. h. l. und Glück XXII S. 368 ff. Die hier beibehaltene Lesart der ursprünglichen Florentinischen Handschrift wird durch die Basiliken II. 4, 10 bestätigt. (Heimbach I p. 84). l. 9 de A. v. O. H. (29, 2) bezieht sich auf infantiae proximi.

9) Beispiele: die Begründung der mora durch Interpellation. L. 24 de V. O. (45, 1); die Verhinderung der Interpellation l. 49 §. 2 eod.; der Beginn der Usucapionsfähigkeit einer res furtiva l. 4 §. 11 de usurp. (41, 3); die Prozeßführung mit einem Unmündigen falso tutore autore l. 3, 6. quod falso tut. (27, 6).

10) Hängt nach der Inscription mit l. 2 de eo per q. f. (2, 10) zusammen, und bezieht sich ursprünglich auf die dolose Bewirkung der Nichterfüllung des vadimonii, indem der Kläger, dessen Sklave den Zwang ausübt, hier ein Pupill ist. Vgl. Gothofred ad h. l. und Reinhold bei Wieling Jurispr. restit. pars post. p. 187. In seiner jetzigen Stellung erstreckt sich das Fragment auf jede wissentliche, mit möglichen Nachtheilen verknüpfte, Duldung eines Pupillen. Vgl. die Stellen Not. 7 und l. 4 §. 2. l. 5. l. 6 §. 7 de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3). l. 1 §. 5. de exerc. act. (14, 1) l. 5 C. ad S. C. Vellej. (4, 29).

11) Die Richtigkeit der Florentinischen Lesart und den Zusammenhang

Am schärfsten wird die völlige Irrelevanz der scientia bei Pupillen jeden Alters in der bereits oben (§. 4) erwähnten l. 3 §. 1, 2. D. de trib. act. aus dem 29. Buche des Ulpianischen Edictcommentars hervorgehoben.[12])

Die actio tributoria hat zwei Voraussetzungen:

1) Wissen des Gewalthabers um das Handelsgeschäft.[13])

2) Dolus desselben bei Befriedigung der Handelsgläubiger, denen er entweder gar nicht, oder nicht nach Verhältniß ihrer Forderungen, oder auch mit vorgängigem Abzug seiner eigenen Peculiärforderungen gerecht wird.[14])

Ist nun der Gewalthaber ein Pupill, so ist jeder Anspruch durch das Wissen des Vormunds bedingt; das Wissen des Unmündigen ist ohne jede rechtliche Bedeutung. In Betreff des dolus dagegen entscheidet die von der Altersreife abhängige kriminelle Zurechnungsfähigkeit des Pupillen; während der dolus seines Vormunds ihm nur auf Höhe der Bereicherung zu schaden vermag.

Es handelt sich hier um die Verpflichtung aus obligatorischen Verträgen der verschiedensten Art: aus Handelsgeschäften. Scientia und dolus werden als zwei verschiedene Begriffe streng auseinander gehalten, und, neben der absoluten Unfähigkeit auch des pubertati

---

des Fragments mit l. 4 de A. v. O. H. (29, 2), wie die Bedeutung des non nolle (gleich patientia) hat Gothofred ad h. l. überzeugend nachgewiesen.

12) Si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiari negotietur, dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucrosum esse debere, et ideo hactenus eum ex doli tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit. —. Sed et si ipsius pupilli dolo factum sit, si ejus aetatis sit, ut doli capax sit, efficere, ut teneatur, quamvis scientia ejus non sufficiat ad negotiationem. Quid ergo est? Scientia quidem tutoris et curatoris debet facere locum huic actioni, dolus autem quatenus noceat, ostendi.

13) l. 1 pr. § 3. l. 3 pr. l. 5 pr. §. 1. D. h. t. l. 1 §. 20. l. 6 pr. de exerc. act. (14, 1). L. 27 pr. de pec. (15, 1). §. 3 J. quod cum eo (4, 7).

14) L. 4. l. 5 pr. l. 7 §. 2—4. l. 8. l. 9 §. 2. l. 12 h. t. l. 3 quando ex f. t. (26, 9).

proximus zur scientia, die doli capacitas desselben anerkannt und für wirkungsvoll erklärt.

§. 7.

In der That ist der Unterschied zwischen infantiae und pubertati proximi nur insoweit begründet, für Rechtsgeschäfte dagegen völlig unerheblich. Hat es auch unzweifelhaft eine Zeit gegeben, wo nur der Mündige und allenfalls [15]) ein der Mündigkeit Naher reiner Erwerbsgeschäfte für fähig erachtet ward, und nur der Letztere unter vormundschaftlicher Mitwirkung sich verpflichten konnte, so ist doch später der Utilitätsgrundsatz durchgebrochen, alle infantia majores in Bezug auf Rechtsgeschäfte den pubertati proximi gleichzustellen. (Vgl. §. 5 Not. 1.)

Wann dieses Prinzip allgemein zur Anerkennung kam, läßt sich nicht mit Sicherheit darthun, wahrscheinlich nicht lange vor Gaïus, denn gerade dieser hebt in seinen verschiedenen Werken [16]) die Singularität des Grundsatzes und dessen Aufnahme durch die Praxis mit Nachdruck hervor. Ein anderer entscheidender Grund ist, daß Ofilius und der jüngere Nerva, welche Besitzerwerb auch ohne tutoris auctoritas zulassen, sich dafür nicht auf die unbedingte Möglichkeit von Erwerbsgeschäften überhaupt stützen, sondern lediglich auf die factische Natur des Besitzes, nämlich, wie Donellus (Commentarii lib. V. cap. 11. Nr. 1. 2.) treffend erklärt: weil das Geschehene nicht ungeschehen gemacht werden kann. Auch in einigen andern Beziehungen, wo ein mehr factischer Vortheil in Frage steht, findet sich, zum Theil schon früh, persönliches Handeln des Pupillen nachgelassen. [18])

Weniger erheblich ist für unsere Untersuchung die bestrittene Frage, ob etwa der Besitzerwerb ohne vormundschaftlichen Bei-

15) Vielleicht schon nach den Zwölftafeln: benignior juris interpretatio. Gaïus III 109.

16) Gaïus III 109. Libro II Aureor: l. 1 §. 13 de O. et A. (44, 7), Libro I. XXVII ad Ed. prov.: l. 28 pr. de pactis (2, 14). l. 6 rem pup. (46, 6). Außerdem Paulus l. 9 de A. v. O. II. (29, 2).

17) L. 1 §. 3 de A. v. A. P. (41, 2).

18) Vgl. Trebatius l. 56 §. 7. de ev. (21, 2) und dazu Fuchs die Lehre von der Litisdenuntiation. Marburg 1855. S. 67. L. 68 de sol. (46, 3). l. 5 pr. l. 26 de C. et D. (35, 1). Auf diese sehr interessanten Fälle soll in der Lehre von der Naturalobligation näher eingegangen werden.

tritt ausnahmsweise von der individuellen Reife des Pupillen abhängig sei.[19]) Innere Gründe für diese Anomalie liegen nicht vor, namentlich reichen diejenigen nicht zu, welche man aus der factischen Natur des Besitzes entnimmt[20]), und es wäre seltsam, daß die Regel gerade für die Fälle hätte eingeschränkt werden sollen, von welchen sie, aller Wahrscheinlichkeit nach, ihren Ausgangspunkt genommen hat. Unter den Quellenaussprüchen aber sind es gerade die bestimmteren, welche dieser, nicht wie Savigny meint, seiner Auffassung zur Seite stehen.

Gaïus libro 12 ad Ed. prov. (l. 9 pr. de auct. 26, 8).

Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest, acquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest.

Paulus lib. 15 ad Sabin. (l. 32 §. 2 de A. v. A. P. 41, 2.).

Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit —. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.

Diese Stelle ist um so beweisender, da hier infans und pupillus scharf von einander geschieden und einander entgegengesetzt werden, während sonst häufig unter dem pupillus der infans mitbegriffen wird. Dies gilt namentlich von zwei Fragmenten aus dem 54. Buche des Paulus'schen Edictcommentars, von welchen das erste[21]) zu denen gehört, welche die subjectiven Erfor-

19) Für die Ausnahme: Cujaz ad Paul. libr. 54 ad Ed. l. 1 §. 1. de A. v. A. P. v. Savigny Besitz 6. Aufl. S. 283. System III S. 50, 51. Kierulff Theorie S. 387 Böcking Pandekten I. S. 460. Seuffert Prakt. Pandektenr. 3. Aufl. I. S. 147. Dagegen: Gl. zu l. 1 §. 3. D. de A. v. A. P. (41, 2). Donellus Comment. de jure. civili lib. V. cap. 11 Nr. 1. Göschen Vorles. I S. 620. Sintenis Civilrecht I. S. 458. v. Bangerow Lehrbuch 6. Aufl. I. S. 417, 418. Puchta Vorlesungen. Beil XI (4. Aufl. I S. 480, 483); vgl. auch dessen Vermischte Schriften S. 305, 433.

20) Vgl. auch Puchta Ueber den Besitzerwerb eines Kindes. (Verm. Schr. S. 305).

21) L. 4 §. 2 de usurp. (41, 3): Pupillus si tutore auctore coeperit possidere, usucapit; si non tutore auctore possideat, et animum possidendi habeat, dicemus, posse eum usucapere.

derniſſe der Usucapio aufzählen, das zweite[22]) unter denen ſteht, welche die ſubjectiven Bedingungen des Beſitzerwerbs zuſammenſtellen.

Am natürlichſten iſt es wohl, die Worte et animum possidendi habent des erſten Fragments einfach auf die Exiſtenz des Beſitzwillens für dieſen concreten Gegenſtand zu beziehen: wenn er den Willen zu beſitzen gefaßt hat; denn unter dem possideat kann auch Savigny nur ein detinere verſtehen. Hießen dieſe Worte aber auch „wenn er ſeiner Entwickelung nach fähig iſt, einen Beſitzwillen zu faſſen", ſo wäre damit nur eine Umſchreibung für den infantia major gegeben, um den Unterſchied zwiſchen infantes und infantia majores, deſſen im Uebrigen in den §§. 1—4 keine Erwähnung geſchieht, hervorzuheben.

Im Eingang der zweiten Stelle ſpricht Paulus jedem Pupillen die Möglichkeit des ſelbſtſtändigen Beſitzerwerbs ab; daß unter dem pupillus auch der infans ſteckt, geht ſchon aus der Gleichſtellung mit dem furiosus hervor. Gerade umgekehrt erklären Ofilius und der jüngere Nerva, daß ein Pupill auch ohne vormundſchaftliche Einwilligung Beſitz erwerben könne. Paulus adoptirt dieſe Anſicht ſcheinbar, doch, indem er ihrer gleichfalls anſcheinenden Allgemeinheit durch den beſchränkenden Schlußzuſatz entgegentritt, modificirt er zugleich ſeinen Vorderſatz, ſo daß dieſer von bloßen infantes, das Ende aber von infantia majores zu verſtehen iſt. Das „intellectum capere" iſt keineswegs, wie Savigny behauptet, mit dem intelligere oder actum rei intelligere (cf. §. 5 not. 2) für identiſch zu nehmen, ſondern es bezeichnet ſehr treffend den Anfang der höheren Verſtandesentwickelung, welcher mit Zurücklegung der infantia eintritt, und, wie wir oben (§. 5 Not. 2) geſehen haben, ein Begreifen des Verlöbnißaktes zur Folge hat. Um ſo viel mehr genügt dieſer Anfang zum Verſtändniß und Wollen des Beſitzerwerbs, und wir erſehen aus dem

22) L. 1 §. 3 de A. v. A. P. (41, 2): Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant — sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt, eam enim rem facti non juris esse; quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint ut intellectum capiant.

Schlußsatze, daß die Römer dieses Verständniß an den Beginn des achten Lebensjahres knüpften.[23])

§. 8.

Hat die Rechtsdoctrin in dieser Weise für Erwerbsgeschäfte jede Ungleichheit innerhalb des 8. und 14. Jahres verwischt, so fehlte es an jedem Unterschiede von vornherein in Ansehung selbstständiger Verpflichtungs- und Veräußerungsgeschäfte, und es findet sich keine Spur, daß jemals, auch nur für den pubertati proximus, die Gültigkeit oder Angemessenheit der letztgedachten Rechtsregeln angezweifelt worden wäre. Recht bezeichnend wird die Gleichstellung der infantiae und der pubertati proximi, und der Unterschied Beider von dem furiosus, darin gesetzt, nicht etwa, daß sie sich selbstständig obligiren dürften, sondern daß sie sich tutore auctore zu verpflichten vermögen[24]), und gerade diese absolute Unfähigkeit von Pupillen jeden Alters sich selbstständig zu obligiren[25]), rechtfertigt ihre häufige Gleichstellung mit den furiosi[26]) und den unter Geschlechtstutel stehenden Frauen.[27])

23) Die noch angeführte l. 1 §. 11 de A. v. A. P. (41, 2) entscheidet für keine Ansicht, da das maxime ebensowohl auf den infans sich beziehen kann als den infantia major, welcher des Besitzwillens unfähig wäre — was, wie gesagt, die Römer niemals annahmen. Ueber l. 26 C. de donat. vergl. Wangerow a. a. O.

24) Gaïus III 106, 107, 109. §. 8—10 J. de inut. stip. (3, 19). Paulus in l. 5 de R. J. (50, 17).

25) Für Rechtsgeschäfte jeder Art: Julian l. 13 de auct. (26, 8) Gaïus l. 9 pr. eod. l. 141 §. 2 de V. O. (45, 1). Comment. I. 179 III 107. Pomponius l. 66 de solut. (46, 3). Ulpian XI. 27. l. 16 pr. de min. (4, 4) vgl. mit l. 16 §. 3 eod. und l. 4 C. in quib. caus. (2, 41). l. 3 §. 3 de pec. (15, 1). l. 8 §. 15 ad S. C. Vellej. (16, 1). l. 5 pr. de auct. l. 1 pr. de contr. tut. (27, 4). l. 1 §. 3, 5 l. 3, 6 quod falso tut. (27, 6). l. 8 de A. v. O. II. (29, 2). Paulus l. 32 pr. de A. v. A. P. (41, 2). pr. J. de auct. tut. (1, 21). §. 10 J. de inut stip. (3, 19).

26) Z. B. l. 46 de O. et A. (44, 7). l. 25 de fidej. (46, 1). l. 68 l. 95 §. 7 de solut. (46, 3). l. 3 §. 3, 4 l. 7 §. 1 de peculio (15, 1). In gleichem Sinne und in gleicher Beschränkung werden auch furiosi und prodigi einander gleichgestellt. Vgl. J. Gothofred ad l. 40 D. de R. J. (50, 17).

27) Boëthius ad Cic. Top. IV, 18 (ed Baiter. p. 302). Gaïus III 107, 108. Ulpian I. 17 XI. 25, 27. Vatic. fragm. 326, 327.

Wie consequent dieser Gedanke festgehalten ward, ergibt unter Anderem die absolute Unfähigkeit der Unmündigen zum selbstständigen Erbschaftserwerb jeder Art[28]; die Rechtfertigung der contraria tutelae actio aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen[29], und vorzüglich der Grund, welcher, nach der Meinung Vieler, die Ausschließung der condictio indebiti gegen einen unmündigen Empfänger der Nichtschuld bedingte.

Julian libro 21 Dig. (l. 13 de auct. 26, 8).

— Quare etsi non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut condictione teneantur.

Pomponius libro 6 ex Plautio (l. 66 de solut. 46, 3).

— Si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur. —

Gaïus III 91.

Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset unde quidam putant pupillum aut mulierem cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione; sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.

Diese beriefen sich sonach auf die Analogie des Darlehnsempfangs, und überhaupt auf die Contractsnatur des indebitum accipere. Die Analogie der Darlehnsannahme, soweit es sich um die Natur der Klage handelt, erkennt Gaïus hier und an einer anderen Stelle (l. 5 §. 3 de O. et A. 44, 7) ausdrücklich an; er verwirft nur dieselbe als unzureichend, weil der Wille der

28) §. 1 J. de auct. tut. (1, 21) und Schrader ad h. l. Wegen der möglicherweise damit verbundenen Obligirung: l. 8 pr. D. de A. v. O. H. (29, 2). Savigny III S. 46 ff. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar Bd. 42 S. 433 ff.

29) Ulpian l. 1 pr. de contr. tut. (27, 4).

Parteien nicht auf Begründung einer Obligatio gehe.[30]) Allein, würden die Gegner mit Recht erwiedert haben, wenn auch kein Darlehn, so liegt doch ein Rechtsgeschäft vor: der übereinstimmende Wille des Gebers und des Nehmers ist auf Tilgung der beiderseits vorausgesetzten Obligatio gerichtet. Eines solchen Willens aber, wie einer solchen Voraussetzung ist ein Pupill unfähig; er kann zwar das Geld nehmen wollen, aber nicht als Zahlung nehmen wollen, nicht mit der Rechtswirkung, daß eine etwa wirklich vorhandene Schuld durch die bloße Zahlungsnehmung getilgt würde[31]); und eben darum kann er sich auch nicht indirect obligiren, das heißt: der Klage haften, welche wegen Mangels der Voraussetzung dem Geber zusteht.[32]) So ist es der Rechtsconsequenz nur angemessen, die Klage gegen ihn zu versagen, und Justinian, indem er diese Ansicht adoptirte[33]), hat thatsächlich die beschränkte Anschauung des Gaïus verworfen, wenngleich er, in unerklärlicher Gedankenlosigkeit, die Gründe desselben abgeschrieben hat.

§. 9.

Also unbeschränkte Erwerbsfähigkeit auf der einen, unbedingte Verpflichtungs- und Veräußerungs[34])-Unfähigkeit auf der anderen Seite characterisiren die Stellung des Pupillen jeden Alters im klassischen, wie im justinianeischen Recht. Die umfassendste Formel für die erste gibt schon Gaïus:

Comm. II. 83 und libro I ad Ed. prov. (l. 18 pr. de pactis 2, 14.)
meliorem conditionem suam facere iis etiam sine tutoris auctoritate concessum est.

Die umfassendste Formel für die zweite finden wir in den Justinianeischen Institutionen:

---

30) So lehnt auch Pedius, um die Zulässigkeit der actio de peculio gegen einen Pupillen zu begründen, die Voraussetzung eines mit diesem selbst geschlossenen Vertrags ab. L. 3 §. 3 de peculio (15, 1).

31) Boëthius ad Cic. Top. 11, 46. Gaïus II 84. §. 2 J. quib. alien. (2, 8). l. 4 §. 4 D. de doli exc. (44, 4).

32) Vgl. Errleben: Die condictio indebiti S. 8ff.

33) §. 1. J. quib. modis re (3, 14).

34) Gaïus II 80, 82—84 und l. 9 pr. §. 1, 2. de auct. (26, 8). l. 11 de A. R. D. (41, 1). §. 2. J. quib. alien. (2, 8).

pr. J. de auct. tut. (1, 21).

— deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore.

Andere Formulirungsverſuche heben nur einzelne Momente hervor: das adquirere [35]), solvi oder dari posse [36]), sibi obligare [37]), stipulari [38]), liberari [39]) auf der einen — das alienare [40]), obligari [41]), promittere [42]) auf der anderen Seite.

Starres Feſthalten an dieſen beiden Regeln konnte unter Umſtänden zu entſchieden unbilligen Reſultaten führen, darum wird ausnahmsweiſe die Strenge gemildert. Hierauf beruht die Theorie des Bereicherungseinwands und der Bereicherungsklage gegen den Pupillen, die Behandlung ſeiner gegenſeitigen und zufällig zweiſeitigen Obligationen, und darauf laſſen ſich auch die vereinzelten Fälle und Wirkungen einer Naturalobligation aus ſeinen einſeitigen Verpflichtungsgeſchäften zurückführen. Der Beweis für dieſe Punkte kann nur im Zuſammenhang der Lehre von der Naturalobligation der Pupillen erbracht werden.

III. Die Delictfähigkeit der Unmündigen.*)

§. 10.

Ueber die Behandlung der Delicte Unmündiger nach älteſtem Römiſchen Rechte geben zwei Zwölftafelfragmente Aufſchluß, das

35) L. 9 pr. de auct. (26, 8). l. 11 de A. R. D. (41, 1).

36) Gaïus II. 83. §. 2. J. quib. alien. (2, 8).

37) Gaïus III 107. §. 9. J. de inut. stip. (3, 19).

38) L. 9 §. 7 de R. C. (12, 1). l. 1 §. 13 de O. et A. (44, 7). l. 1 C. de auct. (5, 59) l. 7 C. de contr. et comm. stip. (8, 38).

39) L. 1 de resc. vend. (18, 5). l. 2 de accept. (46, 4).

40) Cf. not. 34.

41) Gaïus III 107. §. 9, 10. J. de inut. stip. (3, 19). l. 8. §. 15. ad S. C. Vellej. (16, 1). l. 5 pr. l. 9 pr. de auct. (26, 18). l. 1 pr. de contr. tut. (27, 4). l. 8. de A. v. O. H. (29, 2). l. 38 ad S. C. Trebell. (36, 1). l. 32 pr. de A. v. A. P. (41, 2). l. 141 §. 2 de V. O. (45, 1). l. 66 de solut. (46, 3).

42) Gaïus III 118, 176. §. 3. J. quib. modis toll. (3, 29). Vatic. fragm. 110. l. 1 pr. l. 7 §. 1, 2. de auct. (26, 8). l. 1. C. de inut. stip. (8, 39).

*) Eine eingehende hiſtoriſche Unterſuchung fehlt; auch unſere trefflichſten Criminaliſten ſcheinen den Standpunkt der Zwölftafeln und des Juſtinianeiſchen Rechts für identiſch zu nehmen z. B. Heffter Lehrbuch §. 50. Not. 2.

eine auf den nächtlichen Felddiebstahl, das andere auf den handhaften Diebstahl bezüglich.

Plinius H. N. XVIII. 3. (Dirksen Zwölftafelfragm. VIII. 9.).

Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse, puberi XII. Tabulis capitale erat, suspensumque Cereri necari jubebant; gravius quam in homicidio convictum: impubem Praetoris arbitratu verberari, noxiamque duplione decerni.

Gellius N. A. XI. 18. (Dirksen VIII, 14.).

Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique jusserunt ei, cui factum furtum esset, — sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factum sarciri.

Das erste Verbrechen gilt als Friedensbruch: der Thäter ist sacer, büßt also den Frevel mit Leben, sein Vermögen fällt vermuthlich der Ceres zu.[1]) Ist jedoch der Verbrecher ein Unmündiger, so wird er nach richterlichem Ermessen gegeißelt, und entrichtet den doppelten Werth als Buße.[2])

Auch den fur manifestus trifft Capitalstrafe: er wird gegeißelt und dem Bestohlnen zugesprochen[3]), wogegen der Unmün-

---

Köstlin System S. 129, 130, 136. Zu begründen versucht hat diese Ansicht Dirksen im Rhein. Museum für Jurisprudenz I S. 324—326, welchem gefolgt sind De Jonge van Ellemeet de minore aetate noxiam et poenam vel tollente vel minuente. Traj. 1839 p. 50—65. Savigny System III S. 41—44. Puchta Cursus II §. 202 not. K. Cf. auch Cujaz, Observ. VI 22.

1) Rein Das Criminalrecht der Römer S. 25—35, und die dort S. 30 Not. * Angeführten; besonders Abbegg Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. Breslau 1830. S. 190—197. Köstlin Die Lehre von Mord und Todtschlag. Stuttgart 1838. S. 32—41. Platner Quaestiones de jure criminum Romano. Marburg 1842. S. 39 ff. Ihering Geist des Röm. Rechts I S. 273 ff. Mommsen Röm. Geschichte I S. 103 117. Auch nach altnordischen Rechten bricht der Getreidedieb den Ackerfrieden und wird gehängt: Wilda das Strafrecht der Germanen S. 245 ff. 875 ff.

2) Ueber das decerni sieh Huschke Gaïus S. 120—122.

3) Vgl. auch Servius ad Virgil. VIII, 205. Macrobius Saturn. I. 4. Gellius XX. 1. Gaïus III 189. IV 111, Theophilus ad pr. J. 4, 12. Wahrscheinlich war auch hier, wie beim furtum nec manifestum, Abfindung zulässig: Huschke Gaius S. 121, 124.

dige zwar gleichfalls nach dem Ermessen des Praetor's gezüchtigt wird, aber außerdem nur den Schaden zu bessern hat.[4])

Wie dürftig auch diese Nachrichten sind, so läßt sich doch aus ihnen ein sicheres Urtheil über die leitenden Prinzipien des ältesten Strafrechts entnehmen. Der Unmündige ist des Friedensbruchs unfähig, es trifft ihn keine Capitalstrafe, aber doch eine (disciplinarische?) richterliche Züchtigung, und sein Vermögen — nicht das seiner Angehörigen, wie Rein S. 297 ohne jeden Grund hinzusetzt — haftet für den Schaden.

Ob die Zwölftafeln unter dem impubes auch den infans begriffen, läßt sich um so weniger entscheiden, da die sichere Abgrenzung der infantia von der pupillaris aetas im engeren Sinne einer späteren Epoche anzugehören scheint,[5]) — jedenfalls sind wir nicht befugt, noch über die infantia hinaus eine weitere Altersgrenze für diese beschränkte Strafbarkeit anzunehmen, und mit Cujaz, Dirksen, Savigny und Puchta sei es die Pubertätsnähe oder die doli capacitas in das Gesetz hineinzutragen, sei es aus dem praetoris arbitratu verberari auf eine Abwägung der individuellen Zurechnungsfähigkeit durch den Magistrat zu schließen. Läßt sich auch nicht bezweifeln, daß die ausdrückliche Weisung des Gesetzes dem Richter sowohl das Alter des Verbrechers als die Umstände der That bei der Strafzumessung zu berücksichtigen gebot, so war doch keineswegs das Strafen arbiträr, lediglich die Strafe, das heißt deren Maaß; und neben der Leibesstrafe steht die von Dirksen völlig übergangene unbedingte, festbegrenzte Ersatzpflicht, welche, mindestens für den unmündigen Felddieb, durch Fixirung auf den doppelten Werth der gestohlenen Frucht zugleich eine Vermögensstrafe einschließt. Hier bietet sich keine Handhabe für Berücksichtigung der individuellen Zurechnungsfähigkeit.

---

4) Ueber das sarcire vgl. Huschke Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XIII S. 261. u. Gaius S. 111, aber auch S. 122 Not. 23. In der allerdings bezweifelten (Rein l. c. S. 765 ff.) Relation des Gaius in l. 9 D. de incendio (47, 9.) findet sich als Strafe der unabsichtlichen Brandstiftung Geißelung oder Schadenersatz, je nach den Umständen, angedroht. Vielleicht war in den Zwölftafeln Beides verbunden.

5) Heidelbergische Jahrbücher 1815. S. 679. Savigny System III S. 32.

Gerade diese unerbittliche Starrheit der Satzung ist durchaus dem wenigstens innerhalb des Systems der vindicta privata überwiegend materiellen Standpunkt des ältesten Strafrechts gemäß[6]; und die hier versuchte Darstellung findet nicht allein in der Geschichte der folgenden Rechtsentwickelung die sicherste Bestätigung, sondern auch in dem Recht stammverwandter Völker eine überraschende bis ins Einzelne reichende Analogie. So verpflichten auch die Germanischen Rechte den unmündigen Verbrecher zwar zum Schadenersatz aus seinem Gut; allein sein Delict gilt immer nur als Beschädigung, niemals als Friedensbruch; er verwirkte weder Friedensgeld, noch jemals Leib oder Leben.[7])

Es wäre denkbar, daß die Zwölftafeln auch für andere Delicte der Unmündigen Vorkehrung getroffen hätten; dagegen spricht indessen der beachtenswerthe Umstand, daß noch Labeo die Bestrafung der Unmündigen wegen Schadenszufügung aus ihrer Haftung wegen Diebstahls rechtfertigt[8]), während im anderen Fall die Berufung auf das Schädigungsverbot und die sonstige Injuriafälle der Zwölftafeln[9]) viel näher gelegen hätte. Die Anwendung der poena furti nec manifesti, welche auch nach altem Recht den Ersatz des doppelten Werths nicht überstieg[10]), mag wohl niemals bedenklich erschienen sein.

---

6) Gellius XX. 1. — neque ejus, qui membrum alteri rupisset, et pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut, an prudens imprudensve rupisset, spectandum putarent. Vgl. Köstlin Mord und Todtschlag. S. 42 ff. 67 ff. Ueber das hier verwandte Griechische Recht vgl. Hermann Griechische Antiquitäten III. S. 291. Ueber das Germanische Recht Köstlin System S. 130—133. Beim unvorsätzlichen Mord ist der Gesichtspunkt allerdings ein anderer: Rein S. 28, 403, 404. Köstlin System S. 164 Not. 2.

7) Wilda S. 547—549, 551 ff. 640—644. Köstlin System S. 130 ff. 137.

8) L. 5 §. 2 ad leg. Aquil. (9, 2.).

9) L. 1 pr. ad leg. Aquil. (9, 2). Festus v. Rupitias. Dirksen Zwölftafelfragmente VIII 1—5. Abbegg Untersuchungen S. 390 ff. Walter Geschichte des Römischen Rechts. 2. Aufl. II S. 412 ff. Huschke Gaïus S. 104—106. 108—114. 118 ff.

10) Gellius XI, 18 g. E. Festus v. nec. Cato de R. R. Procm. Gaïus III 190.

§. 11.

Für den langen Zeitraum zwiſchen der Decemviralgeſetzgebung und Labeo dürfte jede Nachricht fehlen. Inzwiſchen hatte das prätoriſche Edict, dem milderen Zuge der Zeit folgend, die Strafe des handhaften Diebſtahls auf den vierfachen, die des Felddiebſtahls auf den zweifachen Werthserſatz erniedrigt[11]; mit der alten gemeinen Satzung hatte ſich auch die Stellung des impubes verändert. Das neue Recht verordnete zwar nicht mehr eine Capitalſtrafe, aber es enthielt auch keine Ausnahme für ihn, und auf den Wegfall der Geißelung mögen auch wohl die Porciſchen Geſetze[12] von Einfluß geweſen ſein.

Ueberdies hatte unterdeſſen durch Volksſchluß und prätoriſches Edict der Kreis ſtrafbarer Handlungen ſich weſentlich erweitert; durch die Lex Aquilia, die prätoriſche Injurienklage, und namentlich durch die formula de dolo des Aquilius Gallus, dies „evervriculum malorum omnium“, war das Gebiet der Privatdelicte feſter umgrenzt worden. Bei allen dieſen neuen Delicten mit ihren abſoluten Strafen oder doch weſentlich objectiven Schätzungsmaaßſtab, findet ſich kein Raum für Berückſichtigung der individuellen Zurechnungsfähigkeit; trotz der mit den meiſten verknüpften Infamie[13], trotz des ſtrengen Executivproceſſes der Lex Aquilia[14] keine Spur, daß die Geſetze ſelbſt für den Pupillen mildernde Ausnahmebeſtimmungen vorgeſehen hätten.[15]

---

11) Gellius XI 18. XX. 1. Gaïus III 189. IV 111. Paulus R. S. II. 31 §. 25.

12) Platner a. a. O. p. 76 ff. Walter I S. 107 II. S. 453 ff.

13) L. 1 pr. de his qui not. infam. (3, 2).

14) Gaïus III 216. IV. 9. 171. L. 2 §. 1. l. 23 §. 10 ad leg. Aquil. (9, 2).

15) Von einem, allerdings durchaus anomalen Strafgeſetz, dem S. C. Silanianum von 763, wiſſen wir, daß es ausdrücklich den impubes ausnahm: L. 1 §. 32, 33. l. 4 D. h. t. (29, 5), und vielleicht gilt dies auch von dem Edictum Claudianum, oder gar ſchon dem Hauptgeſetz: der Lex Cornelia de falsis: L. 22 pr. D. h. t. (48, 10). Ja wir ſehen, daß noch Conſtantin, zu deſſen Zeit die richtige Theorie längſt entwickelt war, ſich veranlaßt ſah, alle impuberes, nicht allein die pubertati proximi, von einem acht Jahre zuvor erlaſſenen Geſetz über die Strafen nicht verhinderter Falſchmünzerei ausdrücklich auszunehmen: L. 2, 4. C. Th. de falsa moneta (9, 21) = l. 1 C. J.

Wie verhielt sich nun die Rechtswissenschaft diesem neuen Strafrecht gegenüber?

Ueber Labeo's Ansicht sind uns folgende Berichte erhalten:

Ulpian lib. 18 ad Edictum (l. 5 §. 2 D. ad. leg. aquil.).

Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quod si impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax.

Ulpian lib. 41 ad Sabinum (l. 23 D. de furtis).

Item verum est, quod Labeo ait, nec ope impuberis furto facto teneri eum.

Ulpian libro 11 ad Edictum (l. 13 §. 1. D. de dolo malo).

Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur. Ego arbitror et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est; maxime si locupletior ex hoc factus est.

Labeo ließ hiernach den Unmündigen durch Diebstahl und Schadenszufügung verpflichtet werden; die Haftung wegen bloßer Beihülfe zum Diebstahl und wegen dolus [16]) verneint er. Bejahung und Verneinung sind unbedingt, ohne alle Rücksicht auf individuelle Zurechnungs- und Unzurechnungsfähigkeit. Der sicherste Beweis dafür liegt in Ulpian's Zusätzen: et hoc puto verum und ego arbitror.

Die Verpflichtung durch damnum injuria begründet, wie bereits erwähnt (Not. 8) Labeo durch die Analogie des furtum, wo die Haftung feststand, und wir werden sehen, daß noch Julian in l. 23 D. de furtis sich derselben Beweisführung bedient. Beide Delicte haben allerdings insofern eine gewisse innere Verwandtschaft, als der Eingriff in die fremde Rechtssphäre, nämlich die objective Eigenthumssphäre, ein physischer ist, und der materielle Niederschlag auch sinnlich erkennbar in dem bleibenden Verlust oder Schaden hervortritt, während in der injuria und dem dolus Bei-

---

eod. (9, 24). Alles das läßt den Schluß nicht gewagt erscheinen,, daß in älterer Zeit die Strafloſigkeit der Unmündigen sich keineswegs von selbst verstand.

16) Gegen den Pupillen, sagt Labeo, ist nie eine solche justa causa vorhanden, wie sie das Edict als Voraussetzung (l. 1 §. 1. l. 9 §. ult. h. t.) der doli actio fordert.

des fehlt — überdies eine ebenso gewichtige äußerliche in ihrer vorzüglichen Häufigkeit und Schädlichkeit, welche schon früh die Praxis auf diese Gleichstellung geführt haben mag. In ähnlicher Weise sind die beiden prätorischen Edicte über das receptum der Schiffer, Gast- und Stallwirthe und die Delicte ihrer Untergebenen, sowie das Edict von den Publicanen, welche ursprünglich nur das furtum im Auge hatten, auf das damnum ausgedehnt worden.[17])

Auch das ist keine Inconsequenz, daß Labeo den Unmündigen zwar schlechthin für Diebstahl, nicht aber für bloße Hülfeleistung verantwortlich macht. Abgesehen von dem äußerlichen Grunde, daß die Zwölftafeln wohl nur die Urheberschaft der Pupillen, nicht seine Theilnahme ahnden, stimmt auch die Straflosigkeit jeder nicht unmittelbar körperlichen Rechtsverletzung vollkommen zu der sinnlichen Auffassung, welche in der unbedingten Ausschließung der actio doli sich kundgibt.

Freilich in dem Zusammenhang der l. 23 de furtis erleidet Labeo's Gedanke eine wesentliche Modification. So undenkbar es nach dem Vorausgeschickten, und nach dem Wortlaut des Ulpianischen Berichts erscheint, daß Labeo die Strafbarkeit der Hülfeleistung beim Diebstahl ausnahmsweise von der Zurechnungsfähigkeit des unmündigen Thäters abhängig gemacht habe, ebenso unglaublich ist es andererseits, daß Ulpian die in den vorhergehenden Worten, auf welche wir später zurückkommen (§. 15), aufgestellte Möglichkeit der Obligirung für diesen Fall schlechthin habe aufgeben wollen. Ulpian will offenbar sagen[18]): Insofern (nämlich abgesehen vom culpae capax) ist auch das wahr, was Labeo sagt, daß ein Unmündiger nicht durch seine Hülfeleistung zu einem Diebstahl verpflichtet werde; wie denn auch (wird aus Paulus in l. 24 hinzugefügt) Julian schreibt, daß gegen ihn (den doli capax) die condictio furtiva zulässig sei.

17) L. 5 §. 1. l. 6 pr. §. 4 nautae (4, 9). l. un. furti adv. nautas (47, 5). l. 5 §. 6 de O. et A. (44, 7). l. 1 pr. l. 12 §. 1 de publican. (39, 4). In l. 7 pr. §. 2 nautae wird unter damnum auch das furtum begriffen. Vgl. auch Köstlin Mord und Todtschlag. S. 80.

18) Jauch de negat. p. 328 will denn auch nec statt et lesen. Die Florentinische Lesart wird durch die Basiliken LX. 12, 23, 24 und den Scholiasten bestätigt (Heimbach V. p. 473, 474); doch verstehen Beide unseren Satz nicht im Sinne Ulpian's, sondern Labeo's.

Die Lehre von der Strafbarkeit der Unmündigen hatte sonach um diese Zeit noch keinen Fortschritt gegen das Zwölftafelrecht gemacht. Man beharrte bei der rohen, durch den Wegfall der qualitativen Strafunterschiede und durch die Gleichstellung der Beschädigung und der Entwendung nur greller hervortretenden Auffassung, daß jeder unmittelbar physische Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, wohl mit Einschluß der verschiedenen Arten von Körperverletzungen, den Unmündigen schlechthin, und zwar in gleichem Maaße wie den Mündigen, zu Strafe und Schadensersatz verpflichtete, in Betreff aller übrigen Delicte hingegen jeder Unmündige vollkommen frei ausging.

Gilt gerade Labeo im Uebrigen als der Vorkämpfer einer freieren, geistigen Richtung, so kann die Anschauung seiner Zeitgenossen durchaus nicht über diesen beschränkten Standpunkt hinausgegangen sein.

§. 12.

Zur Zeit des Gaïus waren, wie sogleich dargethan werden soll, bereits richtigere Prinzipien zur Geltung gelangt; daß indessen deren Herrschaft nicht sogleich eine unbestrittene war, ergibt folgende Stelle der Gaïanischen Institutionen, welche zugleich die treffendste Bestätigung unserer bisherigen Darstellung enthält:

Gaïus III. 208.

In summa sciendum est, quaesitum esse an impubes rem alienam amovendo furtum faciat: plerisque placet, quia furtum ex adfectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, et ob id, intellegat se delinquere.

Es bestand also eine Controverse über das furtum der Unmündigen; in den Justinianeischen Institutionen (§. 18. J. de obl. quae ex del. 4, 1) ist durch Ausmerzung des plerisque wenigstens die Spur ihrer langen Fortdauer verwischt.

Aus dem Vordersatz geht der Inhalt der Controverse nicht mit Bestimmtheit hervor; sie hätte sich möglicherweise auf folgende Punkte erstrecken können:

1) Ob einen Unmündigen wegen Entwendung irgend welcher Nachtheil treffen könne. Indessen sowohl die Satzung

der Zwölftafeln als Labeo's unbedingt und Julian's bedingt bejahende Theorie schließen die Möglichkeit dieser Controverse geradezu aus.

2) Ob ein Unmündiger wegen furtum *den prätorischen Strafen und der condictio furtiva* unterworfen sei. Man könnte vermuthen, daß noch zu Gaïus Zeit die Geltung des Zwölftafelrechts für die Unmündigen von Manchen behauptet worden wäre. Auch diese Möglichkeit müssen wir zurückweisen. Die Ausnahme der Zwölftafeln für das furtum manifestum der Unmündigen hing so enge mit dem ganzen Strafsystem derselben, der Addiction des pubes, zusammen, das prätorische System war schon so lange in Kraft, daß eine noch unerledigte Streitfrage über einen ebenso häufigen als wichtigen Fall ganz undenkbar erscheint. Auch hätte diese Controverse ja nur das furtum manifestum betreffen können; in Ansehung des nec manifestum stimmten Zwölftafeln und Edict überein — von einer Beschränkung des Streites auf den handhaften Diebstahl findet sich aber keine Spur.

3) Ob *jeden Unmündigen ohne Unterschied* die gemeingesetzlichen Nachtheile eines begangenen furtum träfen, oder *nur einen solchen, welcher der Mündigkeit so nahe stehe, daß ihm Einsicht in die Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise zugeschrieben werden könne.*

Daß hierin wirklich der Inhalt der Streitfrage zu suchen ist, ergibt schon der Wortlaut des Berichts. Die Mehrzahl, sagt Gaïus, nimmt an, daß der Unmündige *nur dann* wegen Diebstahls hafte, wenn er der Mündigkeit sehr nahe stehe ꝛc. Mit dem *nur dann* (ita demum[19]) wird offenbar der Ansicht der Minderzahl entgegengetreten, welche diesen Standpunkt nicht gelten ließ, sondern *ohne alle Rücksicht auf das Maaß der geistigen Entwickelung* die Straffälligkeit des Unmündigen *bejahte*. Wäre die Minderzahl der Meinung gewesen, welche wir schon oben zurückgewiesen haben, daß ein Unmündiger durch die Bejahung eines furtum *niemals* obligirt werde, so hätte Gaïus nur berichten können: die Mehrzahl nimmt *schon alsdann* eine Haftung an, wenn u. s. w.

---

19) Siehe auch Dirksen Manuale s. v. „demum“ und „ita.“

Die zu Gaïus Zeiten herrschende Ansicht stützt sich auch auf einen inneren, aus der Natur des furtum hergenommenen Grund: quia furtum ex adfectu consistit, das ist auf die Undenkbarkeit eines furtum ohne die demselben eigenthümliche verbrecherische Willensrichtung: die mit dem technischen[20]) Namen des adfectus oder animus furandi ausgezeichnete Art[21]) des dolus malus. Einer solchen, erklärt sie, sei nicht jeder Unmündige fähig.

§. 13.

Zwischen Labeo und Gaïus ist also das Axiom von der Zurechnungsfähigkeit des Unmündigen, als Voraussetzung seiner Strafbarkeit, zum Durchbruch gekommen, und die Minderzahl des Gaïus mag nicht lange vor ihm noch die Mehrzahl gewesen sein. Denn alle Nachrichten weisen darauf hin, daß wir in dem großen Julian, wo nicht den ersten, doch den Hauptvertreter und Vorkämpfer dieses Fundamentalprincips des Strafrechts zu erblicken haben.[22]) Es handelte sich nicht, wie Dirksen annimmt, um eine bloße Einschränkung des bisher (?) ungemessenen richterlichen Gutdünkens, sondern um die Begründung und Duchführung eines neuen, dem bisherigen Standpunkt diametral entgegenstehenden Grundsatzes.

---

20) Gaïus IV. 178. II 50 = l. 37 pr. de usurp. (41, 3). l. 33. l. 52 §. 20. l. 75 de furtis (47, 2). l. 41 §. 1 ad leg. Aquil. (9, 2). §. 5 J. de usucap. (2, 6) §. 7 J. de obl. ex del. (4, 1) und Theophilus zu beiden Stellen, welcher sogar in der Paraphrase den lateinischen Ausdruck beibehält.

21) Paulus R. S. II 31 §. 1. l. 51 pr. pro. socio. (17, 2) l. 46 §. 7 de furtis. Gaïus III 197 vgl. mit §. 7 J. cit. und Theoph. l. c. Siehe auch Dirksen Manuale s. v. adfectus §. 1 und Wächter im Rechtslexikon III S. 368.

22) Schon Dirksen im Rhein. Museum I S. 325 und Schrader zu §. 10 J. de inutil. stipul. bemerken, daß die Ausbildung der Theorie über infantiae und pubertati proximi wohl in die Zeit zwischen Labeo und Julian falle. Allein diese wenigstens theilweise richtige Bemerkung wird paralysirt durch den hohen Grad von Geistigkeit, welchen der Erstere bereits dem ältesten Röm. Strafrecht zuschreibt, und durch Schrader's Note zu §. 18 J. de obl. quae ex del. s. v. „quaesitum:" Sic potius in furto, quod ex affectu consistit, quam in aliis plerisque causis quaeri potuit. Cf. D. h. l. 23. Danach hätte die eigenthümliche Natur des furtum eine auf dieses sich beschränkende Controverse veranlaßt!

Den Entwickelungsgang des neuen Theorems aber dürfen wir im Allgemeinen dahin characterisiren, daß man einerseits die bisher unbedingte Haftung der Pupillen für gewisse Delicte einschränkte, zugleich aber auch, obwohl nur zögernd und allmählig, an Stelle der bisherigen Strafloſigkeit für zurechnungsfähige Unmündige Strafbarkeit zu setzen begann.

Auch Julian's Ansichten sind nur indirect, durch Ulpian's und Paulus' Berichte, erhalten.

Ulpian libro 56 ad Edictum (l. 4 §. 26 D. de doli mali et m. exc. 44, 4).

De dolo autem ipsius minoris viginti quinque annis exceptio utique locum habebit; nam et de pupilli dolo interdum esse excipiendum, nequaquam ambigendum esse ex ea aetate, quae dolo non careat. Denique Julianus quoque saepissime scripsit, doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse. Quid enim, si debitor ex delegatu pupilli pecuniam creditori ejus solvat. Fingendus est, inquit, pubes esse, ne propter malitiae ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur.

Ulpian libro 41 ad Sabin. (l. 23 D. de furtis 47, 2).

Impuberes furtum facere posse, si jam doli capax sit, Julianus libro vicesimo secundo Digestorum scripsit. Item posse cum impubere damni injuria agi, quia et furtum ab impubere fit; sed modum esse adhibendum ait, nam in infantes id non cadere; nos putamus, cum impubere culpae capace Aquilia agi posse. —

Paulus libro IX ad Sabinum. (l. 24 eod.)

— nec minus etiam condici ei posse Julianus scripsit.

Wir ersehen aus diesen Berichten Dreierlei:

1) Daß Julian die doli capacitas für die der Mündigkeit nahen Pupillen behauptete, und zwar sehr häufig, da es galt einer neuen Theorie Eingang zu verschaffen; nach dem Zusammenhang ist es ferner ganz sicher, daß er diese Theorie gerade auf die doli exceptio anwandte, und eine solche gegen den pubertati proximus gestattete.

Prozessualisch wurde diese Anwendung wohl vermittelt durch Fiktion der Pubertät, also in Form einer exceptio utilis, etwa mit folgender Fassung:

Si As. As. pubes esset fuisselve, tum si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat —

Daß übrigens in dem von Julian am Schlusse erörterten Rechtsfall ein der Mündigkeit naher Pupill in Frage stand, ist nicht wahrscheinlich. Die Worte propter malitiae ignorantiam könnten freilich so gedeutet werden: „wenn man, wie zu geschehen pflegt, den Pupillen rechtswidriger Absicht für völlig unfähig erklärt." Indessen die unmittelbar folgende Gleichstellung eines Wahnsinnigen läßt eine andere Erklärung vorziehen: Ein, übrigens noch unzurechnungsfähiger, Pupill hatte seinen Schuldner seinem Gläubiger delegirt, war also von seiner Schuld befreit und insofern bereichert worden, aber nach strengem Rechte nicht gehindert, wegen Ungültigkeit der Delegation, seinen Schuldner auf Zahlung zu belangen. Hier kann zwar der Schuldner nicht die doli exceptio wegen eines dolus praeteritus entgegensetzen, denn der Pupill war zur Zeit der Delegation noch nicht eines dolus fähig; wohl aber wegen der vorhandenen Bereicherung. Diese exceptio doli wegen Bereicherung war nun eine utilis, indem sie die Fiktion der Pubertät aufnahm. Damit stimmt denn das folgende vom Wahnsinnigen hergenommene Beispiel vollständig; hier werden sogar zwei mögliche Bereicherungsfälle aufgeführt: an die Stelle der fingirten Pubertät trat hier die Fiktion geistiger Gesundheit (sanae mentis). Vergl. auch l. 16 h. t.[23]) Julian's Gedankengang scheint aber folgender zu sein:

Ein der Mündigkeit naher Pupill ist des dolus fähig, also muß auch die exceptio doli gegen ihn statthaft sein, da wir wegen eines dolus praesens, nämlich soweit er bereichert ist, ja ohne alles Bedenken die exceptio doli gegen ihn auch dann gewähren,

---

23) Mit dieser Erklärung dürften im Wesentlichen übereinstimmen: Pothier Pandectae Justinianeae lib. 44 tit. 4 Nr. 17. Savigny System III S. 55 not. cc. Die im Text zurückgewiesene Auffassung findet sich bei de Jonge l. c. p. 61 not. 3 p. 91 not. 2 p. 93 not. 1. Einen ganz geschraubten Sinn geben die Conjecturen von Haloander und Cujaz: fingentis se, inquit, pubescere oder puberem esse, und nach ihnen die Uebersetzung von Sintenis im deutschen Corpus Juris, wo dann die Worte propter malitiae ignorantiam auf den delegirten Schuldner bezogen werden; sie sind überdies völlig unvereinbar mit dem gleichgestellten Beispiel vom furiosus.

wenn er völlig unzurechnungsfähig ist, gleichwie gegen einen Wahnsinnigen. Oder mit anderen Worten: weil wir den Pupillen, auch den unzurechnungsfähigen, eines dolus praesens für fähig erachten, so ist es um so mehr gerechtfertigt, gegen den Zurechnungsfähigen wegen eines dolus praeteritus eine gleiche Einrede zu gestatten. Allerdings hält diese Begründung die schärfere Prüfung nicht aus — allein wir erkennen in ihr den conservativen Zug der römischen Juristen, das neue Recht möglichst enge an das alte anzuschließen.

2) Daß Julian die Haftung der Unmündigen für furtum einschränkte auf doli capaces, und insoweit auch die condictio furtiva zuließ. Geht er also in der Gestattung der exceptio doli über Labeo hinaus, so soll andererseits auch die Verpflichtung durch Diebstahl[24]) nur unter der gleichen Voraussetzung eintreten.

3) Daß er an der älteren Theorie von der Verantwortlichkeit des Unmündigen für Schadenszufügung nur unter Modificationen festhielt: ein festes Prinzip scheint hier noch nicht gefunden, die Anwendung der neuen Theorie auf blos culpose Vergehen noch bedenklich.

§. 14.

Unter den unmittelbaren Nachfolgern und wohl auch noch Zeitgenossen Julian's finden wir die neue Theorie schon mit großer Sicherheit gehandhabt.

Die von Gaïus III 208 erwähnte Controverse über das furtum der Unmündigen ist bereits oben besprochen; daß er selbst der herrschenden Meinung folgte, und das Prinzip auch auf die Injurien anwendete, ergibt sein Commentar zum Provinzialedict.[25])

Pomponius setzt voraus, daß ein Pupill wegen Beschädigung oder Verminderung von Erbschaftssachen, sei es im Falle ursprünglichen unredlichen Besitzes oder doch nach der Litis contestatio, der hereditatis petitio hafte.[26])

---

24) Im 22. Buch seiner Digesten scheint Julian die Lehre vom furtum ex professo behandelt zu haben: L. 38 §. 1. l. 40 de noxal. art. (9, 4). l. 10 §. 1. l. 14 de cond. furtiva (13, 1). l. 14 §. 4. l. 52 §. 16. l. 56 de furtis (47, 2). l. 4 si familia furt. fec. (47, 6).

25) Libro II ad ed. prov. (l. 111 de R. J.). Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et injuriae faciendae.

26) Libro 20 Epistol. (l. 61 de adm. et per. 26, 7) — perindeque haberi debet, ac si res fortuito casu interiisset, similiter atque ipse

Hier findet sich also die Möglichkeit einer Verschuldung im weitesten Maaße angenommen. In diesem Sinne ist ein anderer, zu allgemein gefaßter Ausspruch des Pomponius zu beschränken.[27] Daß hier nicht etwa blos an den Ausschluß der Todesstrafe gedacht sein könne, geht theils aus der Vergleichung mit dem furiosus hervor, theils aus der gleich folgenden Angabe des Volusius Maecianus.

Derselbe berichtet folgenden Rechtsfall.[28]

Unmündige unterlagen, nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, den harten Bestimmungen des S. C. Silanianum (Folterung und Todesstrafe) nicht.[29] Trebius, kaiserlicher Legat von Germanien, hatte gleichwohl den unmündigen Sklaven eines Ermordeten hinrichten lassen. Maecian rechtfertigt dies Verfahren durch folgende Erwägung. Der hingerichtete Sklave war der Pubertät nahe; nun hätte zwar die bloße Unterlassung der Abwehr oder des Hülfe-

---

pupillus expers culpae quid ex hereditate deminuisset, corrupisset, perdidisset. De possessore quoque furioso etc. Mit offenbarer Anlehnung an die Worte des Juventianischen Senatsschlusses: deperissent deminutaeve fuissent. L. 20 §. 6. 21. l. 21. de H. P. (5, 3).

27) Ulpian libro 1 ad Ed. Aedil. currul. (l. 23 §. 2. D. de aedil. ed 21, 1). Capitalem fraudem admisisse accipiemus dolo malo, et per nequitiam; ceterum si quis errore, si quis casu fecerit, cessabit Edictum; unde Pomponius ait, neque impuberem, neque furiosum, capitalem fraudem videri admisisse.

28) Libro XI de publ. judiciis (l. 14 ad S. C. Silanianum 29, 5). Excipiuntur Senatusconsulto Silaniano impuberes servi. Trebius autem Germanus Legatus etiam de impubere sumi jussit supplicium, et tamen non sine ratione; nam is puer nec multum a puberi aetate aberat, et ad pedes domini cubuerat, quum occideretur, nec postea caedem ejus prodiderat; ut enim opem ferre eum non potuisse constabat, ita silentium praestitisse etiam postea, certum erat; et his duntaxat impuberibus Senatusconsulto parci credebat, qui tantum sub eodem tecto fuissent, qui vero ministri vel participes caedis fuissent, et ejus aetatis, quamquam nondum puberis, ut rei intellectum capere possent, his non magis in caede domini, quam in ulla alia causa parci oportere.

29) Vgl. auch l. 1 §. 32. 33 h. t. Doch sehen wir, daß man nicht ganz auf ihre Befragung verzichtete, und nur statt der Folter mildere Schreckmittel in Anwendung brachte; und daß später bei Majestätsverbrechen sogar Folterung eintrat, bezeugt Arcadius Charisius in l. 10 pr. §. 1 de quaestion. (48, 18).

schreiens[30]) selbst einem solchen Sklaven nicht geschadet — soweit schütze ihn das Gesetz — wohl aber Mitwissenschaft und Theilnahme am Mord, und für diese lagen die dringendsten Anzeigen vor. Auch unter diesen Voraussetzungen die Ausnahme des Senatusconsult's eintreten zu lassen, gehe nicht an; vielmehr müsse einen solchen Unmündigen hier, wie in allen anderen Fällen die gesetzliche Strafe treffen.

Das Fragment ist aus dem 11. Buche de publicis judiciis; die aliae causae, von welchen Maecian spricht, sind also offenbar Criminalverbrechen[31]), und wir haben hier ein sicheres Zeugniß, daß unter den Antoninen auch Unmündige, sofern sie für zurechnungsfähig erachtet wurden, der Anklage und Bestrafung unterlagen. Auch in anderer Beziehung ist die Stelle höchst bemerkenswerth. Die freie Theorie weiß dem ausdrücklichen gesetzlichen Verbot zuwider sich Geltung zu verschaffen: der erweislich Zurechnungsfähige soll bestraft werden; ja wir finden hier die erste Spur einer Prüfung der Zurechenbarkeit nach der Beschaffenheit des begangenen Delicts: nur fußt in der Entscheidung des Juristen die Ausschließung der Zurechnung für die bloße Unterlassung der Abwehr noch nicht auf der Anerkennung hierzu unzureichender, Einsicht, sondern äußerlich auf der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes.

§. 15.

Gehen wir endlich auf die Blüthezeit der klassischen Jurisprudenz über, so läßt sich selbst hier noch eine weitere Entwickelung darthun.

Ulpian adoptirt die Julianische Theorie von der doli capacitas des Pupillen[32]), und wendet sie einschränkend an auf das furtum und auf die Schadenszufügung, wobei er zugleich für letztere das Prinzip dahin feststellt, daß culpae capacitas entscheide; doli und culpae capacitas faßt er unter den höheren Begriff der injuriae capacitas zusammen.[33]) Die erweiternde

30) L. 1 §. 28, 29. l. 19 h. t.

31) Vgl. auch l. 8 ad leg. Jul. de vi publ. (48, 6) aus dem 5. Buch und l. 11 de publ. jud. (48, 1) aus dem 10. Buch.

32) L. 23 de furtis. L. 4 §. 26 de doli exc. (44, 4).

33) L. 23 de furtis. L. 5 §. 2. ad leg. Aquil.

Anwendung auf die injuria[34]) finden wir, wie bemerkt, bereits bei Gaïus; neu dagegen iſt die Anwendung auf die sepulcri violatio[35]), auf den Raub[36]), auf die Verhinderung der prätoriſchen Beſitzeinweiſungen[37]), auf das depositum.[38])

Indeſſen auch das neue Prinzip iſt noch zu ſtarr — der unendlichen Mannigfaltigkeit ſtrafbarer Handlungen wird dadurch nicht Rechnung getragen, daß Zurechnungsfähigkeit und Verantwortlichkeit ſchlechthin an die Nähe des mündigen Alters geknüpft werden.

Ulpian ringt mit dieſer Schwierigkeit, ohne ſie vollſtändig zu überwinden.

Die doli exceptio, ſagt er, ſei auch für pubertati proximi nur bisweilen zuläſſig:

— nam et de pupilli dolo interdum esse excipiendum, nequaquam ambigendum ex ea aetate, quae dolo non careat.[39])

Gegen den pubertati proximus ſei die doli actio zuläſſig: maxime si locupletior ex hoc factus est.[40])

Die Altersreife ſcheint ihm nicht ſchlechthin als justa causa (l. 1 §. 1 D. de dolo malo) zu genügen; er zieht ein äußeres Moment zur Unterſtützung herbei: die Bereicherung, mit offenbarer Anlehnung an die Motive, welche, nach ſeiner Angabe in demſelben Buche ſeines Edictcommentars, der Einführung dieſer Klage zu Grunde liegen:

— ne vel illis malitia sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa.[41])

Und auf dieſen Geſichtspunkt läßt ſich auch die Geſtattung der tributoria actio gegen einen pubertati proximus zurückführen,

34) L. 3 §. 1. de injur. (47, 10).

35) L. 3 §. 1. de sep. viol. (47, 12).

36) L. 2 §. 9. vi bon. rapt. (47, 8).

37) L. 1 §. 6. ne vis fiat. (43, 4).

38) L. 1 §. 15 depositi (16, 3).

39) L. 4 §. 26 de doli exc. (44, 4). Mit den Worten ea ea aetate ſoll nicht der Grund der Zuläſſigkeit, ſondern deren Anfangspunkt, der Altersterminus, mit welchem die Zurechnungsfähigkeit beginnt, bezeichnet werden; ſie dienen keineswegs zur Erklärung des interdum.

40) L. 13 §. 1. de dolo malo (4, 3).

41) L. 1 pr. eod.

welcher die Gläubiger eines mit Wissen des Vormunds geführten Geschäfts absichtlich übervortheilt hat[42]): denn die actio tributoria hat keinen anderen Zweck, als die widerrechtliche Bereicherung des Gewalthabers durch Vorwegnahme seiner Peculiarforderungen auf Kosten der Handelsgläubiger zu verhindern.[43])

Diesem Gedankengange schließt sich anscheinend auch Paulus an:

libro 11 ad Edictum (l. 14 de dolo malo 4, 3).

Quid enim, si impetraverit a procuratore petitoris, ut ab eo absolveretur, vel si de tutore mentitus pecuniam accepit, vel alia similia admisit, quae non magnam machinationem exigunt?

Die hier aufgeführten Fälle, in welchen er die actio doli für zulässig erklärt[44]), sind offenbare Bereicherungsfälle; allein bei ihm haben diese Beispiele eine wesentlich verschiedene Bedeutung, sie sollen erweisen, daß einfache Betrugsfälle sehr wohl einem der Mündigkeit nahen Pupillen zugerechnet werden können.

Hiermit ist die Formel für die nothwendige Begrenzung des Julianischen Axiom's gefunden: wie man über die rohe Gestaltung des alten Rechts, unbedingte Haftung und unbedingte Nichthaftung, hinausgegangen war, und jede Verantwortlichkeit positiv wie negativ schlechthin an die Existenz strafrechtlicher Zurechnungsfähigkeit geknüpft hatte, so gliederte nun endlich die klassische Jurisprudenz in einem ihrer letzten Coryphäen die Imputabilität nach der einfacheren oder complicirteren Natur der strafbaren Handlungen.

In diesem Sinne erklärt Paulus, daß ein Unmündiger der

---

42) L. 3 §. 2 de tribut. act. (14, 4). In der unmittelbar folgenden l. 4 eod. will Paulus mit den Worten pubes factus die Richtigkeit der Ulpianischen Entscheidung nicht in Abrede stellen, er hat vielmehr den anderen Fall im Auge, da ein Mündiger etwa sogleich nach erlangter Mündigkeit die Gläubiger dolose übervortheilt hat: selbst dann braucht seine vorherige eigene Wissenschaft um den Geschäftsbetrieb nicht nachgewiesen zu werden: es genügt, wenn sein Vormund während der Unmündigkeit darum gewußt hat.

43) L. 1 pr. l. 5 §. 7, l. 7 §. 2. 5. l. 8. 12. h. t.

44) Dahin gehört es auch, wenn ein Unmündiger, um den Erlös zu theilen, sich betrügerisch hat als Sclave verkaufen lassen: L. 15 de lib. causa (40, 12).

Strafe des Claudianiſchen Edicts[45]) nicht unterliege, weil der zum falsum erforderliche dolus bei dieſem ſchwerlich angenommen werden könne.[46]) So erachtet Conſtantin die Mitwiſſenſchaft von Unmündigen um Falſchmünzerei ſchlechthin für ſtraflos[47]), und ein Reſcript Alexander Sever's faßt ſchließlich das dauernde Endreſultat der Römiſchen Rechtsentwickelung in den leitenden Grundſatz zuſammen:

Impunitas delicti propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen, quod intenditur, cadere potest.[48])

§. 16.

Die weiteren hiermit zuſammenhängenden Fragen, ob auch dem zurechnungsfähigen Unmündigen Straferlaß oder doch Strafminderung zu Theil geworden[49]), gehören ausſchließlich der Geſchichte des Strafrechts an; meines Erachtens galten für zurechnungsfähige Unmündige und für Minderjährige gleicherweiſe folgende Grundſätze:

1) Wegen doloſer Vergehen wird niemals Straferlaß gewährt[50]); Mangel der Rechtskunde ſchließt den dolus nur aus, wo das Strafgeſetz rein poſitiver Natur iſt.[51])

---

45) Rein S. 783 ff.

46) L. 22 pr. ad leg. Corn. de fals. (48, 10). Vergl. oben Not. 15. Ebenſo iſt, nach Paulus, der Pupill eines Meineids unfähig l. 26 pr. de jurejur. (12, 2).

47) L. 1 §. 4 C. de falsa moneta (9, 24). Vgl. Not. 15.

48) L. 1 C. de poenis (9, 47). In den Baſiliken, LX, 51, 45. (Heimbach V. p. 871) iſt dieſe höchſt bezeichnende Rückſicht auf die objective Natur der einzelnen Vergehen verdunkelt.

49) Gothofred Comm. ad l. 108 D. de R. J. Wächter Lehrbuch des Römiſch-Deutſchen Strafrechts I S. 221—224. De Jonge l. c. p. 21—23. 65—75. Savigny Syſtem VII S. 139, 140. III S. 388—395; vgl. aber auch III S. 431. 432. Heffter Lehrbuch §. 104. Köſtlin Syſtem S. 136. 595. Eine ſyſtematiſche Auffaſſung findet ſich übrigens bereits in Baſiliken X. 17, 1. (Heimbach I S. 525).

50) L. 9 §. 2. 3. l. 37 §. 1. de minor. (4, 4). l. 1 C. si adv. del. (2, 35). Vgl. auch l. 26 §. 6 ex quib. causis maj. (4, 6) l. 2 §. 3 ad S. C. Vellej. (16, 1). l. 14 ad S. C. Silanian. (29, 5). l. 1. 2 C, si minor se maj. (2, 43). l. 7 C. de poenis (9, 47) Paulus R. S. I. 9 §. 1.

51) L. 2 C. si adv. del. (2, 35). l. 9 pr. de juris et facti igno r

2) Wegen culposer Vergehen ist Erlaß sowohl der Strafe als des Schadensersatzes, und, insoweit es sich um Privatdelicte oder um schuldbare Verletzung obligatorischer Verpflichtungen handelt, selbst im Wege der gewöhnlichen in integrum restitutio zulässig.[52])

3) Bei relativen Strafen wird das jugendliche Alter als Strafzumessungsgrund berücksichtigt.[53])

§. 17.

Es liegt außerhalb der gestellten Aufgabe, den Zusammenhang der hier erörterten Frage mit der Entwickelung des Römischen Strafrechts in Beziehung auf die Zurechenbarkeit überhaupt zu verfolgen.[54]) Jedenfalls dürfte in Betreff der Delicte der Unmündigen Köstlin's Behauptung widerlegt sein, daß auch in das Römische Privatstrafrecht „schon sehr früh" der Grundsatz hinübergedrungen sei, daß das Strafrecht seine Basis in der menschlichen Freiheit habe[55]); oder, daß die Römer die Bestrafung eines furtum jederzeit von der Existenz eines bewußt rechtswidrigen Willens abhängig gemacht hätten.[56]) Und ebenso unhaltbar erscheint die Meinung, daß das arbitrium magistratus bei Abwägung der Strafbarkeit eines unmündigen Delinquenten sich „auch noch im Zeitalter der Antonine in der Praxis thätig gezeigt habe."[57]) Das Römische Recht hat bei Delicten weder an der Regel, daß nur der persönliche Entwickelungszustand des Einzel-

---

(22, 6). l. 38 §. 4, 7. ad leg. Jul. de adult. (48, 5). l. 108 de R. J. (50, 17). l. 1 §. 10. l. 4 pr. ad S. C. Turpillian. (48, 16). l. 4 C. de incestis (5, 5).

52) L. 9 §. 5. D. de minor. (4, 4). l. 16 §. 9 de publican. (39, 4). L. 1 C. si adv. del. (2, 35). l. 108 D. de R. J. (50, 17), welche nach der Inscription (cf. auch l. 59 D. de his quae ut indignis 34, 9) sich auf die verbotene in jus vocatio bezog.

53) L. 37 §. 1. de minor. (4, 4), l. 16 §. 3. de poenis (48, 19). l. 6 pr. ad leg. Juliam pecul. (48, 14).

54) Luden Ueber den Versuch des Verbrechens. (Abhandl. aus dem gem. deutschen Strafrecht I. 1836.) S. 57—86. Köstlin Mord und Todtschlag S. 42 ff. Rein S. 144—150.

55) System S. 129.

56) Mord und Todtschlag S. 68. 81.

57) Dirksen S. 325.

nen entscheide, „festgehalten" (vgl. §. 4 Not. 20), noch konnte an die Ausdehnung „der benigna interpretatio auf Delicte" (Savigny System III S. 41) überhaupt nur gedacht werden. Vielmehr übersehen wir hier eine allmähliche Entwickelung von der roheren zur freieren Auffassung, während das Civilrecht mit Grund an dem uralten Dogma festhielt, daß jeder Unmündige der vollen privatrechtlichen Einsicht unfähig, und die Gültigkeit seiner Verpflichtungsgeschäfte nothwendig an vormundschaftliche Mitwirkung geknüpft sei. —